نموذج ترخيص

أنا الطالب : عبدالمحسن مبارك عبدالمحسن العظيمر أمنح الجامعة الأردنية و/ أو من تفوضه ترخيصاً غير حصري دون مقابل بنشر و / أو استعمال و / أو استغلال و / أو ترجمة و / أو تصوير و / أو إعادة إنتاج بأي طريقة كانت سواء ورقية و / أو إلكترونية أو غير ذلك رسالة الماجستير / الدكتوراه المقدمة من قبلي وعنوانها.

الآثار القانونية لتدخل القاضي في العقد

وذلك لغايات البحث العلمي و / أو التبادل مع المؤسسات التعليمية والجامعات و / أو لأي غاية أخرى تراها الجامعة الأردنية مناسبة، وأمنح الجامعة الحق بالترخيص للغير بجميع أو بعض ما رخصته لها.

اسم الطالب: عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمر

التوقيع:

التاريخ: ١١/٨/٢٠١٤

الآثار القانونية لتدخل القاضي في العقد

إعداد
عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان

المشرف
الدكتور بشار ملكاوي

قدّمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

كلية الدراسات العليا
الجامعة الأردنيـــة

آب، 2014

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالــــة بعنــوان :-

"الآثــار القانـونية لتدخـل القاضي في العقـــــد" وأجيزت بتاريخ ٢٠١٤/٨/٧.

الدكتور/ بشار عدنان ملكاوي.......................... مشــرفـاً.............................
أستاذ مشارك/ قانون مدني.

الدكتور/ عوض أحمد الزعبي.......................... عضــواً.............................
أستاذ مشارك/ قانون أصول مدنية.

الدكتور/ محمد فهد النسور.......................... عضــواً.............................
أستاذ مساعد/ قانون تجاري.

الاستاذ الدكتورة/ نسرين محاسنة.......................... عضواً خارجي.............................
أستاذ/ قانون مدني (جامعة اليرموك).

الإهداء

إلى أحق الناس بحسن صحابتي . . . .

إلى من آثروا على أنفسهم ولم يألو جهداً في رعايتي . . . .

إلى من أعطوا الكثير وأخذوا القليل . . . .

والديّ
برا ... وحبا ... وعرفانا

إلى من كانوا عوناً لي في مسيرتي ومن أشد بهم أزري . . .
إخوتي رعاهم الله

إلى كل من علمني حرفاً عرفاناً وتقديراً . . . .

إلى وطني الحبيب . . . .

دولة الكويت
عرفانا . . . وولاءً

إلى الصرح العلمي الكبير الذي أعتز بكوني أحد خرّيجيه . . . .
الجامعة الأردنية

الباحث

شكر وتقدير

الحمد لله حمداً يليق بجلاله على منّه وفضله وتوفيقه بعد أن أمدني بالصبر والقوة لإنجاز هذه الرسالة، يشرفني أن أتوجه بعظيم الشكر وخالص الامتنان إلى أستاذي المشرف الدكتور بشار ملكاوي الذي تفضّل مشكوراً بالإشراف على هذه الرسالة، والحق أقول: أنه قد أفاض عليّ من علمه وسديد ملاحظاته، ما انعكس إيجاباً على إتمامها بهذه الصورة، فجزاه الله عني كل خير وأدامه مقصداً لكل طالب علم.

كما أتقدّم بالشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة والإدلاء بملاحظاتهم النيرة وآرائهم القيّمة، فلهم جميعاً مني عظيم التقدير والامتنان.

والشكر الموصول إلى أساتذتي في كلية الحقوق بالجامعة الأردنية على دعمهم ومساندتهم لي خلال فترة الدراسة.

الباحث

قائمة المحتويات

الآثار القانونية لتدخل القاضي في العقد

إعداد

عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان

المشرف

الدكتور بشار ملكاوي

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع الآثار القانونية لتدخل القاضي في العقد، وهو يعدّ من أهم الموضوعات ذات الصلة بنطاق سلطة القاضي في تعديل العقد.

إن سلطة القاضي التقديرية في العقد تمر بمرحلتين؛ أولهما: مرحلة تكوين العقد، وثانيهما: مراحل تنفيذ هذا العقد.

وقد تبين أن هذه السلطة تتفاوت ضيقاً واتساعاً، ففي المرحلة الأولى يكون للقاضي أن يعدل العقد متى وجد أنه يحمل إخلالاً بالتوازن بين مراكز أطرافه، وفي المرحلة الثانية منح المشرّعان الأردني والكويتي القاضي سلطة تقديرية واسعة هدفها إعادة التوازن للعقد وإزالة أي إجحاف بحق الطرف الضعيف فيه، وفي هذه المرحلة تصل سلطة القاضي إلى حد إنقاص الالتزام أو زيادته أو يوقف تنفيذ العقد أو يرفض الفسخ، وفي منح المدين نظرة ميسرة وفي فرض الغرامة التهديدية.

وقد خرجت الدراسة بعدد من النتائج والتوصيات تم تضمينها في الخاتمة. ومن أهم نتائجها: إن الفقه القانوني ومعه القوانين المدنية ومنها القانون الأردني والكويتي قد سلما بمبدأ سلطان الإراده في مرحلة إنشاء العقود، ولكن ضمن حدوده المعقولة، بحيث تتوازن الإراده مع عدالة التعاقد. ومن أهم توصياتها: دعوة المشرعين الأردني والكويتي أن يجمعا التطبيقات

المتناثرة التي تتحدث عن سلطة القاضي إزاء العقد، تحت عنوان " القيود الواردة على موضوعية الإرادة التعاقديه، أو مبدأ سلطان الإرادة"، وذلك بهدف وضع نظرية عامة تشمل التطبيقات التي تتناول هذا الموضوع كنظرية الظروف الطارئة.

المقدمة:

يشكل العقد أهمية خاصة من بين مصادر الالتزام، لما له من شيوع بين الأشخاص، فهو يهيمن على أغلبية المعاملات في الوقت الحاضر، فمتى أبرم العقد وتضمن ركنه وشروط صحته، كان لزاماً على أطرافه التقيد بما جاء فيه، ويكون تنفيذه وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل، وعرفت الماده (87) مدني أردني العقد بأنه: "هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"، وعرفته المادة (31) مدني كويتي بأنه: "هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون".

إن الالتزام الناشئ عن العقد يكون له قوة الالتزام الناشئ عن القانون استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1].

وتطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، يحظر على طرفي العقد التغيير عليه، أو إنهاءه إلا في الحدود التي أتى بها الاتفاق، أو تطبيقاً للقواعد القانونية في هذا الشأن، وعند التغيير على العقد بناءً على الأسباب القانونية، يجب اللجوء إلى القضاء ليتصدى للعقد؛ إعمالاً للقاعدة القانونية المذكورة، وهذا ما أكدته الماده (196) مدني كويتي حيث نصت بأن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون".

تسري قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أيضاً على القضاء، فلا يحق للقاضي أن يقوم بتغيير العقد أو بتبديله أو إنهاؤه، فهو إن قام بذلك دون نص قانوني، أو اتفاق بين أطراف العقد يقضي بالتعديل أو الإنهاء فيكون قد حل محل المشرّع وانتهك مبدأ الفصل بين السلطات، فوظيفة القاضي، هي إلزام الطرف الذي يقع على عاتقه الالتزام بتنفيذه، وأيضاً يقوم بتفسير العقد متى اعتراه الغموض وذلك بالنظر إلى النية المشتركة بين المتعاقدين، فهذه وظيفة القاضي وليست وظيفته إنشاء العقود[2].

لقد أقر المشرّعان الأردني والكويتي مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهذان المبدأن يحولان دون تدخل القاضي في العقد، ولكن المشرّعان المذكوران أقرّا أيضاً بأن المبدأين قد يخلان بميزان العدالة بين المتعاقدين، وقاما بمنح القاضي سلطة إعادة النظر في

---

[1] حجازي، عبد الحي (1402 هـ - 1982م)، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج1، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق، ص687.

[2] حجازي، عبدالحي، مرجع سابق، ص687.

الالتزامات الناشئة عن العقد متى كان هذا الالتزام قد خالف سير العدالة، وهذه السلطة استثناء على المبدأين آنفي الذكر، وإعمال القاضي لسلطته تكون وفقاً لظروف معينة وضعها المشرّع.

سنبحث في هذه الدراسة عن التعديل القضائي للعقد، حيث أن المشرّع قد أعطى القاضي سلطة في تعديل العقد في أثناء تكوينه وعند تنفيذه، وهناك حالات كثيرة تؤدي للتعديل في هذه المراحل، كما سنرى أن المشرع فوّض القاضي سلطة واسعة في تعديل العقد أثناء مراحل التنفيذ[1].

تجدر الإشارة إلى أن الدراسة ستكون محصورة في الآثار القانونية لتدخل القاضي في العقد سواء في مرحلة تكوينه أو في مراحل تنفيذه، كما أن الدراسة لن تتناول التطور التاريخي للنظريات مثل نظرية الظروف الطارئة، وعقد الإذعان. وكذلك سلطة القاضي التقديرية[2].

وتكمن مشكلة هذه الدراسة في مدى كفاية النصوص القانونية الواردة في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م[3]وكذلك القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980م[4]في تحقيق عدالة التعاقد بين المتعاقدين في مرحلة إبرام العقد، وكذلك كفاية هذه النصوص لمواجهة أي اختلال في التوازن العقدي بين التزامات أطراف العقد في مراحل تنفيذه. كما تنصب مشكلة هذه الدراسة على التوفيق بين اعتبارين أساسيين، هما: القوة الملزمة للعقد وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، ومدى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في التدخل في تعديل العقد، تحقيقاً لإعادة التوازن بين المتعاقدين ومنع الضرر بأحدهما، ومن ثم حدود هذه السلطة، وضوابطها، ومدى الرقابة القضائية عليها.

---

[1] السلايطة، غازي عايد الغشيان (2005). سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الكرك، مؤتة، الأردن، ص9.

[2] للمزيد حول هذا الموضوع راجع: المنصور، أنيس (2011). في كتابه المعنون بـ: "شرح أحكام قانون البينات الأردني وفقاً لآخر التعديلات"، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان ومكتبة الجامعة، الشارقة، ط1، والرقاد، نواف (2009). سلطة القاضي التقديرية في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء.

[3] منشور في الجريدة الرسمية، العدد (2645)، تاريخ 1976/8/1م، ص2.

[4] منشور في جريدة الكويت اليوم (الجريدة الرسمية)، العدد (18)، تاريخ 29 أغسطس سنة 1980م، ص5.

أما أهمية هذه الدراسة، تكمن في الآتي:

1. التعريف بسلطة قاضي الموضوع التقديرية في العقد، وبيان أهميتها، وأساسها.
2. إن موضوع هذه الدراسة يمثل خروجاً على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، تلك القاعدة التي أقرّتها كافة التشريعات المدنية، لذا لا بدّ من بيان ضوابط الخروج على هذه القاعدة وحالات تدخل القاضي لإجراء التعديل على العقد.
3. إن موضوع هذه الدراسة يتعلق بمسألة لها أهميتها النظرية والعملية؛ وذلك بتحقيق قدر من العدالة في العلاقات التعاقدية، ومن ثم تحقيق الاستقرار في المعاملات، وتحقيق الائتمان والثقة، وحماية مصلحة الغير مما يؤدي إلى تحقيق الاستقرار في المجتمع.

وتهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

1. بيان نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تعديل العقد وضوابطها.
2. بيان التنظيم القانوني المتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقد في ضوء القانون المدني الأردني، ومقارنته مع القانون المدني الكويتي.
3. بيان أوجه القصور التشريعي – إن وجدت – لدى المشرّع الأردني والكويتي بخصوص سلطة القاضي في تعديل العقد.
4. بيان الأثر القانوني لتدخل القاضي في العقد سواء في مرحلة إبرامه، أم في مراحل تنفيذه.

والأسئلة التي تطرحها الدراسة هي، ما مفهوم السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في التدخل بتعديل العقد؟ وما أوجه تدخل القاضي في العقد سواء أكان هذا التدخل في مرحلة إبرامه أم في مراحل تنفيذه؟ وما الأثر القانوني لتدخل القاضي في العقد بمرحلة إبرامه؟ وهل يختلف هذا الأثر عندما يتدخل القاضي في مراحل تنفيذ العقد؟ وما مدى الرقابة القضائية على تدخل القاضي في العقد؟.

أما فرضيات هذه الدراسة، فتقوم على الأسس التالية:

1. إن للقاضي سلطة في تعديل العقد سواء في مرحلة إبرامه أم في مراحل تنفيذه، وهي سلطة مقيدة وليست مطلقة[1]، وتتألف هذه السلطة من عنصرين: شخصي وهو القاضي، وموضوعي وهو القانون[1].

---

[1] سلطح، حمدي محمد إسماعيل (2007). القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، ص14.

2. يختلف الأثر القانوني لتدخل القاضي في مرحلة إبرام العقد عن مراحل تنفيذه؛ ذلك أن الأثر في مرحلة إبرام العقد يتمثل في تحقيق عدالة التعاقد كما هو الحال في تدخل القاضي لحماية مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات وتدخله بسبب الغبن والاستغلال والتدليس[2]، أما في مراحل تنفيذ العقد، فإن الأثر يتمثل في إعادة التوازن العقدي لطرفي العقد من خلال مواجهة الشروط التعسفية أو المجحفة الواردة في العقد، أو في مراعاة ظروف المدين الملتزم بتنفيذ الالتزام[3].
3. إن للقاضي سلطة تقديرية للتدخل في العقد لحظة تكوينه كما في مرحلة المفاوضات، وفي حالة الغبن والاستغلال والتدليس، وفي حالة تصحيح العقد الباطل، وفي حالة الوعد بالتعاقد والتعهد بنقل ملكية عقار، أما أوجه تدخل القاضي في مراحل تنفيذ العقد، فهي: تدخله بسبب الظروف الطارئة، وفي عقد الإذعان، وتعديل الشرط الجزائي، ومنح نظرة الميسرة، وفي الشرط الفاسخ الصريح، وتفسير العقد، وإثباته.
4. إن القاضي عندما يقوم بممارسة سلطته التقديرية في تعديل العقد، إنما يقوم بعملية عقلية وذهنية تتعلق في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط عناصر هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية، ومن ثم لا يخضع القاضي في ذلك إلى رقابة محكمة التمييز[4]، بخلاف عندما يقوم القاضي بالتكييف، فهو يقوم بعمل وهو إعطاء الوصف القانوني للواقعة مما يخضع معه لرقابة محكمة التمييز[5].

سيعتمد الباحث في هذه الدراسة أسلوب منهج البحث الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال إيراد النصوص القانونية ذات الصلة الواردة في القانون المدني الأردني، وكذلك القانون المدني الكويتي وتحليلها وإبداء الرأي الشخصي فيها – كلما دعت الحاجة لذلك – ومقارنتها مع بعضها البعض؛ نظراً لأن قواعد القانون المدني الأردني مأخوذة بصفة أساسية من الفقه الإسلامي، في حين أن قواعد القانون المدني الكويتي مأخوذة بصفة أساسية من القانون

---

(1) فايد، عابد فايد عبد الفتاح (2010). تعديل العقد، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، ص24.

(2) العمروسي، أنور (2003). عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، ص55-56.

(3) عبد العال، مدحت محمد محمود (2010). اختلال التوازن العقدي بين التزامات طرفي العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ص10.

(4) سلطح، حمدي، مرجع سابق، ص15.

(5) العبيدي، علي هادي (2012). العقود المسماة – البيع والإيجار، دار الثقافة،، عمان، ط1، الإصدار السادس، ص11.

المدني المصري والقوانين الغربية[1]،ومن ثم بيان آراء الفقه القانوني من المسائل المطروحة، وكذلك إيراد الأحكام القضائية ذات الصلة والتعليق عليها وإبداء الرأي بشأنها.

وسيكون منهج الباحث بشأن المقارنة بين القانونين الأردني والكويتي بأن يبين وجه الاختلاف بينهما في المتن، أما بشأن وجه التشابه والتطابق بينهما في المسائل مدار البحث، فسيقوم الباحث بإيراد موقف القانون المدني الأردني في المتن، وسيشير إلى النص المشابه والمطابق في القانون المدني الكويتي في الهامش.

وبناءً على ماسبق، سأقسم الدراسة إلى مبحث تمهيدي، وفصلين رئيسيين، وخاتمة، على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: مفهوم سلطة القاضي المدني التقديرية في العقد.

الفصل الأول: سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي في مرحلة إبرام العقد.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه.

خاتمة

---

[1] انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص1.

المبحث التمهيدي

مفهوم سلطة القاضي المدني التقديرية في العقد

استقر مبدأ سلطان الإرادة في القوانين المدنية، وأجمع الفقه على الأعتراف به، وأيضاً الإجماع كان على عدم خروج هذا المبدأ عن حدوده المعقولة في العدالة التعاقدية.

يكون القاضي ملزم فيما اتفق عليه أطراف العقد فلا يحق له الخروج عليه، ولكن المشرّعان الأردني والكويتي قد منحا القاضي سلطة تقديرية استثنائية تسمح له بتحقيق التوازن في اقتصاديات العقد، وذلك لمجاراة المشرّعين التطور الذي طرأ في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وغايتهما في حماية الطرف الضعيف، وهذه السلطة الاستثنائية تكون في مرحلتين؛ الأولى مرحلة تكوين العقد، والثانية مراحل تنفيذه.

نتناول في هذا المبحث معنى سلطة القاضي التقديرية، وأيضاً سنبين أهمية هذه السلطة في مجال العقد، ونتطرق إلى الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة، وأخيراً رقابة محكمة التمييز على هذه السلطة.

وسنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى السلطة التقديرية للقاضي وأهميتها.

المطلب الثاني: أساس سلطة القاضي التقديرية في العقد.

المطلب الثالث: مدى رقابة محكمة التمييز على السلطة التقديرية للقاضي.

وسأبحث هذه المطالب تباعاً وبصورة موجزة.

المطلب الأول: معنى السلطة التقديرية للقاضي وأهميتها:

سأبحث هذا المطلب في فرعين، أخصص الفرع الأول لبيان معنى السلطة التقديرية للقاضي، في حين أبحث في الفرع الثاني أهمية منح هذه السلطة للقاضي.

الفرع الأول: معنى السلطة التقديرية للقاضي:

يعتبر مصطلح السلطة التقديرية مرن في جميع فروع القانون، فهو يتضمن قراءة القاضي للنزاع قراءة تحليلية، فيعتمد القاضي فيها على نشاطه العقلي بغية فهم الواقع وإنزال القاعدة القانونية التي يرى أنها تحكم النزاع المعروض أمامه، وبذلك تتكون السلطة التقديرية من عنصرين؛ عنصر موضوعي وهو القانون، وعنصر شخصي وهو القاضي[1].

---

(1) الحسيني، عباس علي محمد (2012). السلطة التقديرية للقاضي، مقال منشور عبر الإنترنت www.law.uokerbala.edu.iq تاريخ الدخول: 2014/1/26، ساعة الدخول: 8:00 مساءا، ص1.

والسلطة التقديرية يستمدها القاضي من نص القانون، حيث أن القاضي معني بتطبيق ما ورد في النص القانوني، وتظهر سلطته متى وضع نص المادة عبارة "جاز ..." أو "يمكن ..."، وتضمن النص القانوني عبارة "جاز ..."، أو "يمكن ..."، أو "للقاضي ..."[(1)].

تجدر الإشارة إلى أن النص القانوني متى تضمن عبارة مثل "يجب ..." أو "على المحكمة ..." عندها لا يكون للقاضي سلطة تقديرية في هذه الحالة، بل يكون واجباً عليه إعمال النص كما هو دون تغيير، وإلا كان حكمه معيب بمخالفة القانون.

إن النشاط التقديري للقاضي محله الواقع فقط، من خلال استنباط العناصر التي تتكون منها الواقعة، ومن ثم الرجوع بهذا الواقع إلى القاعدة القانونية التي تحكمه، فالنشاط هنا اقتصر على الواقع ولم يكن للقانون مجال فيه.

ويعرف جانب من الفقه السلطة التقديرية للقاضي بأنها: "نشاط ذهني يقوم به قاضي الموضوع وهذا النشاط مادته الواقع والقانون في آن واحد"[(2)].

كما يعرفها جانب آخر من الشرّاح بأنها: "مفهوم قانوني يتحدد في ضوء النصوص والقواعد التي تبين قواعدها وضوابط استخدامها دون أن يؤثر وجود تلك القواعد القانونية على وجود السلطة التقديرية ذاتها"[(3)].

ويعرفها البعض بأنها: "الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحةً أو ضمناً من أجل اختيار الحل الأنسب والأقرب إلى الصواب من بين حلول أخرى"[(4)].

كما يعرفها بعض الشرّاح بأنها: "مجموعة النشاطات والمجهودات الذهنية والمادية والقانونية التي يمارسها القاضي المدني فيوظفها في استكشاف الثابت المنتج المتعلق من عناصر القاعدة القانونية، أو ما يرتبط بها من وقائع، فيكيفه مع إرادة المشرّع المفترضة التي أودعها النص القانوني"[(5)].

[(1)] سعد، أحمد محمود (1988). مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص245.

[(2)] عمر، نبيل إسماعيل (1984). سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، ص79.

[(3)] السلايطة، غازي، مرجع سابق، ص46.

[(4)] عبد الفتاح، محمد (2012). السلطة التقديرية للقاضي، مقال منشور عبر الإنترنت، www. Labyadd.blogspot.com، تاريخ الدخول: 2014/1/26، ساعة الدخول: 10:00 مساء، ص1.

[(5)] الرقاد، نواف (2009). سلطة القاضي التقديرية في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء، الأردن، ص11.

من خلال التعريفات السابقة، يمكن للباحث ملاحظة الأمور الآتية:

1. أن جميع التعريفات السابقة قد جاءت بنفس المدلول بصفة عامة.
2. أن التعريفات السابقة اتفقت على أن السلطة التقديرية للقاضي تكون ضمن إطار القاعدة القانونية دون أن تتعداها، فالقاضي لا يقوم بدور المشرّع، وإنما ينصب عمله على عناصر القاعدة القانونية محل عمله التقديري.
3. إن نشاط القاضي الذهني يكون منصباً على الواقع والقانون من حيث فهم وتقدير كل منهما.
4. يؤخذ على التعريفات السابقة أمران؛ هما:

أ. بينت التعريفات سالفة الذكر سلطة القاضي بأنها نشاط ذهني يقوم به القاضي، وأرى أنها غير صحيحة في هذا الجانب، إذ إن دور القاضي تجاه النصوص التي لا تمنحه سلطة تقديرية عند نظر بعض الحالات يحتم عليه إعمال نشاطه الذهني لإنزال القاعدة القانونية المناسبة، فالنشاط الذهني في هذه الحالة ليس سلطة تقديرية، بل هو واجب وظيفي.

ب. إن السلطة التقديرية للقاضي بناءً على ما أسلفناه من تعريفات لا يعطي القاضي الحق في إكمال النقص الذي يصيب النص القانوني في الحالة التي لا يحتويها هذا النص، فعمل القاضي هنا هو استنباط العناصر التي تتكون منها الواقعه محل النزاع، وكذلك القاعدة القانونية بهدف إنزال الأخيرة على الأولى، دون أن تمتد سلطته إلى ما بعد القاعدة القانونية، إذاً أين سلطة القاضي التقديرية في هذه الحالة؟

وما يؤيد نقد الباحث للتعريفات السابقة، ما ذهب إليه الفقيه القانوني "السنهوري" بأن: "سلطة القاضي المدني في العقد تشمل جميع المجالات التي ينظمها هذا العقد، بكافة حيثياته وجزئياته، ومن بدء التعاقد حتى نهايته"[1].

في ضوء ما سبق أرى بأن سلطة القاضي التقديرية ليست معارضة لنشاطه الذهني، بل إن سلطة القاضي التقديرية تكون في المرحلة اللاحقة لهذا النشاط.

وعليه، يمكن القول أن عمل القاضي يمر بمرحلتين:

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق (1998). الوجيز في النظرية العامة للالتزام، نظرية الالتزام بوجه عام، طبعة منقحة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص19.

المرحلة الأولى: عندما يقوم القاضي بممارسة نشاطه الذهني في استنباط العناصر التي يتكون منها النزاع المعروض عليه، وهذا لا يعتبر سلطة تقديرية، بل عمل مفروض ليطبق القاضي القانون بالشكل الصحيح.

المرحلة الثانية: هي المرحلة اللاحقة لممارسة القاضي لنشاطه الذهني واستخلاص عناصر النزاع، أي عندما يكون أمام القاضي عدة حلول يختار أحدها لتسوية النزاع، هذه هي السلطة التقديرية للقاضي، لما له من جدية في اختيار حل من بين عدة حلول تصلح لحكم النزاع.

الفرع الثاني: أهمية السلطة التقديرية للقاضي:

عند عرض أي نزاع أمام القاضي المدني يتوجب عليه الفصل فيه، وذلك بعد إلمامه بجميع جوانب النزاع، ولكن قد يصادف القاضي نصوص قانونية فضفاضة وغير واضحة، عندها يكون للقاضي اللجوء إلى سلطته التقديرية، وذلك استناداً إلى رغبة المشرّع الصريحة بالنظر إلى روح النص، وهنا يظهر أهمية سلطة القاضي التقديرية. **"**فمن المعروف أن تطبيق النص القانوني ليس مجرد عمل آلي يحدث تلقائياً، خصوصاً إذا كانت القاعدة التي يتضمنها النص لا تحتوي على حل قاطع وواضح وحاسم للموضوع المعروض أمام القاضي**"**[(1)].

تظهر أهمية السلطة التقديرية للقاضي فيما يلي:

أولاً: النظر إلى الظروف التي أحاطت بمرحلة إبرام العقد من خلال استخلاص طبيعة التعامل ومدى تحقق ركن الرضا، فإن لم يكن متحققاً يقوم القاضي عندها بكشف البطلان[(2)].

ثانياً: يقوم القاضي بتحديد الغلط وتمييزه ما إذا كان جوهرياً أو لا، وبالتالي بتقرير البطلان أو إبقاء العقد[(3)].

ثالثاً: يحدد القاضي النظام العام والآداب العامة وفق الإطار الاجتماعي والاقتصادي تماشياً مع التطور، والقاضي هنا يملك سلطة واسعة قد تشابه سلطة المشرّع ولكن لا تتعدى عليها، فقد أعطى المشرّع القاضي سلطة في تحديد الآداب العامة من خلال إيراد نص واسع غير محدد[(4)].

رابعاً: للقاضي أن يفسر عبارات العقد للوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين حتى وإن كانت عبارات النص واضحة، وهذا المبدأ أقرته محكمة التمييز الكويتية عندما قضت **"**المحكمة

---

(1) سلطح، حمدي، مرجع سابق، ص24.

(2) الشريفات، محمود عبد الرحيم (2009). التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دار الثقافة، عمان، ط1، ص185.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص77.

(4) عمر، نبيل إسماعيل، مرجع سابق، ص84.

الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلفة عليها، بما تراه من ملابسات الدعوى وظروفها، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن مدلولها الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في أسباب حكمها لما عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود المتعاقدين"[1].

أرى أن محكمة التمييز الكويتية قد توسعت في هذه السلطة الممنوحة لها، فلما كانت السلطة استثناء في هذا المجال، فإن التوسع فيها أمر غير صحيح.

فعندما تحمل عبارات العقد اكثر من معنى، عندها تكون عبارات العقد غامضة وللقاضي في هذه الحالة الاستعانة بسلطته من خلال الاستشهاد بالعوامل الخارجية والداخلية المصاحبة لإبرام العقد ابتغاء الوصول إلى نية المتعاقدين المشتركة. وتجدر الإشارة إلى أن عمل القاضي هنا يدخل في نطاق سلطته التقديرية على اعتبار أنها من مسائل الواقع، فلا معقب عليه في هذا الصدد من محكمة التمييز، ولكن على قاضي الموضوع أن يقيم حكمه على أسباب سائغة تؤدي إلى ما وصل إليه في الفصل بالنزاع، لأن قواعد التفسير من مسائل القانون التي يخضع القاضي في تطبيقها إلى رقابة محكمة التمييز[2].

خامساً: يستعين القاضي بقواعد العدالة لاستكمال شروط العقد، لما له من سلطة تقديرية تخوله تحديد نطاق العقد.

سادساً: يبحث قاضي الموضوع في نطاق سلطته التقديرية عن مدى إرهاق المتعاقد الذي تضرر من الظرف الطارئ وفق نظرية الظروف الطارئة، وكذلك عقد الإذعان، وأيضاً الشرط الجزائي.

سابعاً: وتظهر أهمية سلطة القاضي التقديرية في نظره للخصومة المدنية، فتمتد سلطته إلى البحث عن نشوء العقد والبحث عن قيام ركنه وشروط صحته في مرحلة تكوينه، وأيضاً البحث عن الإخلال الذي يتمثل بعدم تنفيذ العقد بناءً على ما اشتمل عليه، وتقرير المسؤولية التي تنشأ عن ذلك الإخلال من أركانها والنتائج المترتبة عليها في الإثبات.

---

[1] تمييز كويتي، الطعن رقم 99/1248، تاريخ 1999/7/21م، منشورات جمعية المحامين الكويتية، العدد العاشر، السنة الخامسة عشر، 2000م، ص146.

[2] فايد، عابد فايد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص154؛ والمقاطي، محسن، مرجع سابق، ص86.

المطلب الثاني: أساس سلطة القاضي التقديرية في العقد:

لم يجمع الفقه القانوني على الإعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي، ومن خلال قراءة الباحث هذه الآراء يمكن القول: بأن هناك رأيين في هذا الصدد؛ رأي يرفض الاعتراف بوجود سلطة تقديرية للقاضي، والرأي الآخر يرى ضرورة الاعتراف بهذه السلطة. وبالنسبة لمن يرى[1]برفض الاعتراف بوجود هذه السلطة التقديرية، يرون أن القاضي عند مباشرته لوظيفته سلطته ليست مطلقة، بل مقيدة بنصوص القانون وغايات العمل القضائي، كون القاضي مصدره في عمله، هو التشريع الذي يحدد أبعاد وظيفته، وإطلاق سلطة القاضي التقديرية تؤدي إلى تضارب في الأحكام وقد يؤدي إلى تحكم القضاء وفي النهاية ميل ميزان العدالة.

وبالنسبة لمن يرى[2]أن الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي أمر لا بدّ منه، سواء في فهم الواقع أو القانون، يرون أن للقاضي الفصل في النزاع الذي أمامه مع ما يتفق وصحيح القانون دون أي إغراق بالنصوص القانونية لتتماشى مع الواقع، بل إن عليه أن يمارس سلطته في فهم الواقع والقانون معاً دون أن تتوسع هذه السلطة إلى أخذ مكان المشرّع في سن القوانين.

تبنت التشريعات المدنية السلطة التقديرية للقاضي، وقناعته في هذا المجال يجب أن تكون مسببة لضمان عدم ابتعادها عن العدل وميولها للهوى، فهي تكون مستظلة بنصوص القانون وأيضاً يحققها مراجعة من قبل المحاكم الأعلى للتأكد من عدم خروج هذه السلطة عن الحدود الموضوعة لها[3].

ولما كان العقد يعدّ وسيلة من وسائل العلاقات الاجتماعية التي يجب أن تنتظم في إطار القواعد القانونية السائدة في المجتمع تبدو أهمية الحماية القضائية في المطابقة بين مختلف العلاقات الاجتماعية والاقتصادية، ومكمن الصعوبة هنا أن القاضي يعبر من خلال حكمه عن مفهوم ذاتي لمضمون الالتزام الذي تعلق به هذا التعبير وأن القاضي أولاً وأخيراً رجل قانون

---

(1) عبد الفتاح، عزمي (1983). تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ط1، ص177 وما بعدها.

(2) نزهة، سواسي (2008). سلطة القاضي المدني في تعديل العقد، بحث لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، ص28؛ وبن حديد، إبراهيم (2005). السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ص33؛ والسلايطة، غازي، مرجع سابق، ص41-42.

(3) عقل، ذياب والعمري، محمد (2008). السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، بحث منشور في مجلة الدراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد رقم 3، العدد 2، الجامعة الأردنية، ص476.

يتعمق في دراسة القواعد القانونية ويتأثر بالنظريات الفقهية والاجتهادات القضائية السائدة في مجتمعه، فالقاضي يقوم بنشاط ذهني يمارسه تجاه النزاع المثار أمامه بصدد عقد معين يباشره خلال مراحل تكوين العقد[1].

وفي مجال تعديل العقد، فقد اعترف المشرّع للقاضي بقدر من النشاط التقديري له يتسع ويضيق بحسب طبيعة النزاع ومداه، فهناك من النصوص التشريعية ما يحدد دور القاضي في تطبيق الأثر الوارد فيها دون خيار منه ويكون اختصاصه هنا اختصاص مقيد كتحديد الأثر الوارد في القاعدة القانونية تحديداً لا خيار فيه، وهناك نوع آخر من القواعد القانونية لا يوضح المشرّع الحكم المقصود، بل يحيل إلى أصل خارجي عن نصوص القانون، وعمل القاضي في هذه الحالة يستلزم منحه سلطة واسعة في التقدير يعتمد عليها في تقرير أحكامه[2].

ومما يذهب إليه هذا الرأي أيضاً[3]أن هذه السلطة لم تكن لتمنح للقاضي لولا تحقيق العدالة، فإن مُنح المتعاقدين الحرية في وضع الشروط التي يرونها دون رقابة قد يؤدي ذلك إلى ظلم وتعسف يخالف المبادئ السامية التي يسعى إلى حمايتها القانون في حماية الطرف الضعيف من الإجحاف، فالسلطة المخولة للقاضي لا يكون استعمالها وفقاً لهواه، بل وفقاً لضوابط قانونية محددة، وأيضاً عن طريق وسائل معينة[4].

وعليه يمكن القول: إن إعطاء الفاعلية للقاعدة القانونية لا يكون إلا بممارسة القاضي دوره في تطبيقها بعد الإلمام بعناصر النزاع والفصل فيه من خلال إعمال هذه القاعدة بعد التأكد من أن هذا النزاع خالف النموذج القانوني المفترض، وإعمال القاعدة الجامدة التي خالفها النزاع واجب لتحقق الاتزان الذي تفرضه هذه القاعدة.

فالسلطة التقديرية للقاضي أثناء تعديل العقد، هي نتاج الولاية الممنوحة للقاضي، فهو أثناء هذا التعديل يقرر مدى صلاحية إحداث الأثر القانوني الذي أرادة المتعاقدين من خلال تطبيق القاعدة القانونية المناسبة، فالقاضي يقوم بإخراج القاعدة القانونية من الجمود إلى أرض الواقع.

---

(1) بن حديد، إبراهيم (2005). السلطة التقديرية للقاضي المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، ص2.

(2) عمر، نبيل، مرجع سابق، ص2.

(3) سليمان، بسام وحسين، أكرم (2012). موضوعية الإرادة، بحث منشور في مجلة جامعة الموصل، العراق، العدد الثالث، السنة العاشرة، ص13.

(4) عزمي، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص155.

المطلب الثالث: مدى رقابة محكمة التمييز على السلطة التقديرية للقاضي:

لاقى موضوع رقابة محكمة التمييز على السلطة التقديرية للقاضي ما لاقاه موضوع الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي من خلاف وجدل ثار حوله، فالمعروف أن القاضي يكون مخولاً في فهم الواقع دون رقابة عليه في ذلك، "فالقاضي يفهم الواقع المجرد ويسقطه مع ما رسمه المشرّع للواقع في صورة قاعدة قانونية لها أثر يترتب عليها، يكمن في تطبيق صحيح القانون"[1].

يرى جانب من الفقه[2]أن سلطة القاضي التقديرية لا يمكن أن تخضع لرقابة محكمة التمييز على أساس أن سلطة القاضي تكون منصبة على فهم الواقع فقط من خلال بحثه فيما يلي:

1. تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق.
2. تحديد عناصر النزاع وتكييفها على قاعدة قانونية مناسبة.
3. الاستنتاج المنطقي على تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع الثابتة.

في حين يرى جانب آخر[3]أن سلطة القاضي التقديرية وإن صاحبها ممارسته لنشاطه الذهني، إلا أنه عمل قانوني في صحيحه، فالواقع الذي يستفرد فيه قاضي الموضوع لا ينظر إليه مجرداً، بل من خلال قاعدة قانونية معينة، وهذا النشاط يقوم على دمج هذا الواقع مع النموذج القانوني، وهذا الدمج هو ما يخضع لرقابة محكمة التمييز؛ وذلك بالنظر إلى الأسباب التي استند عليها القاضي في هذا الدمج[4].

أرى أن الخلاف بين الرأيين السابقين لم يكن حول خضوع السلطة التقديرية لرقابة محكمة التمييز، بل كان الخلاف منصباً حول خضوع عمل القاضي في تكييف النزاع لرقابة محكمة التمييز، فالتكييف يكون باستنباط قاضي الموضوع للعناصر التي يتكون منها النزاع والبحث بين نصوص القانون عن وصف قانوني لهذا النزاع، أما السلطة التقديرية كما بيناها سابقاً، فهي مرحلة لاحقة على إعمال القاضي لنشاطه الذهني وسابقة على إنزال القاعدة القانونية، فيكون أمامه عدة حلول فوضه المشرّع باختيار ما يراه مناسباً منها، وأرى أن إخضاع هذه السلطة وفقاً لما بيناه لرقابة محكمة التمييز يفرغها من محتواها ويجعلها غير ذات فائدة.

---

(1) السلايطة، غازي، مرجع سابق، ص60.

(2) صاوي، أحمد السيد (دون تاريخ). نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص117.

(3) سعد، أحمد محمود، مرجع سابق، ص524.

(4) فودة، عبد الحكيم (1985). تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، ص403.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي مُنح هذه السلطة لإعانتة على مباشرة وظيفتة بشكل صحيح، أي أن الهدف منها هو المساعدة على تحقيق العدالة من خلال إعطاء القاضي مساحه من الحرية في التقدير عند البحث في النزاع المطروح أمامة أو الحل القانوني الذي يحكم هذا النزاع، ومعا ذلك فإن هذه السلطة لاتجيز للقاضي أن يسئ إستعمالها، فإن الإنحراف بها يؤدي إلى الإنحراف في القانون. [1]

فإن أخطأ القاضي في تطبيق القانون أو تأويله أو خالفه، فعندها يكون لمحكمة التمييز دور في رد هذا الخطأ وتصحيحه، وهذا مانصت عليه المادة (1/198) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وكذلك الماده (152/أ) من قانون المرافعات الكويتي.

هذا علاوةً على أن إخضاع السلطة التقديرية للقاضي لرقابة محكمة التمييز فيه وبدون شك مدعاة للتساؤل عن مدى تمتع القاضي حقيقة وفعلاً بالسلطة التقديرية.

هذا وتختلف السلطة التقديرية عن التكييف الذي يقوم على تحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع بشأنها وردها إلى نظام قانوني معين، والقاضي عندما يقوم بالتكييف يقوم بعمل هو إعطاء الوصف القانوني للواقعة، أما السلطة التقديرية فهي عملية عقلية ومن ثم يخضع القاضي في التكييف لرقابة محكمة التمييز بخلاف السلطة التقديرية.

أما ما دار الخلاف حوله هو تكييف النزاع، فالتكييف مسألة قانونية يخضع القاضي فيها لرقابة محكمة التمييز وذلك "لأن التكييف الخاطئ هو في ذاته خطأ في تطبيق القانون"[2].

وقضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "تكييف محكمة الموضوع للعقد مسألة قانونية تراقب سلامتها محكمة التمييز، كما أن لمحكمة الموضوع إسباغ التكييف الصحيح للدعوى بما يتفق وحقيقة الطلبات المطروحة عليها دون التقيد بتكييف الخصوم لها وخضوعها في ذلك لرقابة محكمة التمييز[3].

ومن الأحكام الحديثة لمحكمة التمييز الأردنية بهذا الشأن ما قضت به من أنه: "لا تعتبر المحكمة مقيدة بالتكييف القانوني الذي يسبغ الفرقاء على دعواهم ذلك أن سبب الدعوى والمطالبة بها يختلف عن التكييف القانوني لأن تحديد الأساس القانوني للدعوى وتكييفها من صميم اختصاص القضاء والمحكمة تأخذ من القانون القاعدة واجبة التطبيق على ضوء البينة المقدمة بالدعوى بشرط أن يكون ذلك في حدود الوقائع والطلبات الواردة بأسباب الدعوى"[4].

---

[1] السلايطة، غازي، مرجع سابق، ص 70

[2] العبيدي، علي هادي، مرجع سابق، ص11.

[3] تمييز حقوق رقم 2004/644، تاريخ 2004/8/10م، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة.

[4] تمييز حقوق رقم 2013/179، تاريخ 2014/5/9م، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة.

الفصل الأول

سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي في مرحلة إبرام العقد

يظهر دور القاضي في تعديل العقد أثناء مرحلة تكوينه على النحو الذي رسمه له المشرّع متى تضمن العقد إخلالاً بين مراكزه ومخالفة لمبدأ حسن النية، وهذا الدور له عدة أشكال، فللقاضي أن يتدخل في المرحلة السابقة لإبرام العقد ليحمي مبدأ حسن النية، وأيضاً له دور في إبرام العقد النهائي مستقبلاً، كما يمكنه أن يتدخل في العقد إذا صاحبه استغلال أو تدليس، ويمكنه أن يقوم بتصحيح العقد الباطل سواء عن طريق انتقاصه أو تحوله.

تجدر الإشارة إلى أن البحث في هذه الأشكال سيكون مقتصراً على الأثر القانوني لتدخل القاضي في هذه المرحلة على ضوء ما ذكرنا من حالات، وأيضاً لن نتطرق إلى تفاصيل كل حالة إلا بالقدر الكافي المفيد، من خلال بيان الأحكام التي تنظم هذه الحالات.

وبناءً على ما سبق، سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين؛ هما:

المبحث الأول: سلطة القاضي في المرحلة السابقة لإبرام العقد.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تحقيق عدالة التعاقد.

المبحث الأول

سلطة القاضي في المرحلة السابقة لإبرام العقد

هناك مراحل تسبق إبرام العقد، فمن الممكن أن تكون هناك مفاوضات بين الطرفين لتبادل الآراء ومعرفة الشروط والعناصر الجوهرية للعقد قبل الموافقة عليها، وقد يتخطى الطرفان هذه المرحلة إلى مرحلة لاحقة تشكل التزاماً على عاتق الطرفين أو أحدهما بإبرام العقد بشكل نهائي ومنها الوعد بالتعاقد، والعقد الابتدائي[1].

سأبحث في الأثر القانوني لتدخل القاضي أثناء المرحلة التمهيدية للتعاقد، لذا سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: حماية مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية.

المطلب الثاني: صور تدخل القاضي في إبرام العقد المستقبلي.

---

[1] السرحان، عدنان وخاطر، نوري (2012). شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ط1، الإصدار الثامن، ص92.

المطلب الأول: حماية مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية:

تعدّ مرحلة المفاوضات مرحلة من مراحل التعاقد يلجأ إليها الطرفان للاستيضاح من بعض الأمور المتعلقة بالعقد، ولم يضع أحد من المشرّعين الأردني والكويتي أحكام تنظم هذه المرحلة، مما يجعلها خاضعة للقواعد العامة في الالتزام.

عرف بعض الفقه المفاوضات العقدية بأنها: "قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعونها معاً أو يتفرد بوضعها أحدهما للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما"[(1)].

"كما أن لهذه المرحلة السابقة على التعاقد تأثير كبير على مستقبل العقد لاحتمال وقوع العوامل والأحداث التي يمكن أن تعيب رضا أحد طرفيه في هذه المرحلة، كما أن الاطلاع على سير المفاوضات العقدية وأحداثها هو من يساعد مستقبلاً في تفسير العقد عندما توجد ضرورة لتفسيره"[(2)].

وتظهر أهمية المفاوضات بشكل خاص عندما لا يكون التفاوض بين الأطراف وجهاً لوجه، كأن يكون التفاوض عن طريق الإنترنت أي في التجارة الإلكترونية، ففي هذه الحالة يكون التفاوض عن بعد لا يسمح للشخص بالتعرف على السلعة بشكل ينفي الجهالة الفاحشة، وأيضاً التأكد من مصداقية العرض الذي يضعه صاحبه في موقعه الإلكتروني، والمشكلة الأخرى هي هل صاحب هذه السلعة هو مالكها الحقيقي فعلاً؟[(3)].

تتميز مرحلة المفاوضات، بأنها تكون محل استعانة القضاء لتفسير العقد إذا كان له داع، وهذه المرحلة قد يكون فيها ما يدل على عدم توافر ركن العقد وهو الرضا، كأن يظهر في هذه المرحلة حدوث عيب يشوب رضا المتعاقد، كالغلط أو الاستغلال أو التدليس أو الإكراه أو

---

(1) نصير، يزيد أنيس (2001). مرحلة ما قبل إبرام العقد، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، العدد الثالث، ص132؛ وأبو الليل، إبراهيم الدسوقي (2011). المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط3، ص124.

(2) سليمان، شيرزاد عزيز (2008). حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، ط1، ص336.

(3) دودين، بشار (2013). الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة، عمان، ط1، الإصدار الثامن، ص93؛ والياقوت، جرعود (2012). عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ص48.

الغبن، لذا تعتبر مرحلة التفاوض شبيهة بالأعمال التحضيرية للتشريع يستدل بها إلى إرادة المتعاقدين المشتركة في تفسير العقد[1].

لبيان أثر تدخل القاضي في هذه المرحلة من التعاقد لحماية مبدأ حسن النية، يتطلب من الباحث بيان مفهوم مبدأ حسن النية، والمعايير التي تقوم عليها، وعلاقته بالمفاوضات، ومن ثم صور حماية مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، وسأبحث هذه المسائل في فرعين.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية:

إن بيان هذا المفهوم يتطلب تعريف حسن النية، ومن ثم بيان المعايير التي يقوم عليها هذا المبدأ.

أولاً: تعريف مبدأ حسن النية:

وضع الفقه تعريفات مختلفة لمبدأ حسن النية في إرام العقد، منها: "التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل"[2].

وعرفه البعض الآخر بأنه: "التعامل بصدق وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها، والتزم بها كل طرف من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون سبب مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة"[3].

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "عنصر ذاتي يتعلق بالغير، فلا يبحث عنه خارج نطاقه، ويقصد به عدم علم الغير المخلص والنهائي والبات بالصفة الحقيقية للمتصرف"[4].

يمكن قياس حسن النية من خلال النظر إلى عمل معين وما تمخض عنه هذا العمل من نتائج ومدى تأثيرها على المنافع التي يرمي إلى جنيها المتعاقد الآخر من العقد، فإن كانت هذه النتائج تؤثر في هذه المنفعة بالتقليل منها أو إلغاءها، فيكون عندها قد خالف العمل مبدأ حسن النية[5].

---

[1] عمار، صابر محمد (2002). المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور عبر الإنترنت www.mohamoon.com، تاريخ الدخول: 2014/1/24م، ساعة الدخول: 4:00 عصراً.

[2] سليمان، شيرزاد عزيز، مرجع سابق، ص157.

[3] البدو، أكرم وعبد الله، محمد، مرجع سابق، ص412.

[4] السرحان، عدنان، ونوري، خاطر، مرجع سابق، ص183.

[5] نصير، يزيد أنيس، مرجع سابق، ص24.

نستطيع القول من التعريفات السابقة، أن مبدأ حسن النية هو: الامتناع عن أي عمل قد يؤثر على مركز المتعاقد المالي بشكل مباشر أو غير مباشر نتيجة إبرامه للعقد.

ثانياً: المعايير التي يقوم عليها مبدأ حسن النية:

لقياس مدى توافر مبدأ حسن النية من عدمه، يمكننا الاستعانة بمعيارين؛ المعيار الشخصي، والمعيار الموضوعي.

1- المعيار الشخصي ينظر إلى الشخص ذاته، فقد يكون حسن النية وقد يكون عكس ذلك، فالتعرف على نيته يكون صعب إلا من خلال المعاملة معه بشكل متكرر للتأكد من حسن نيته في التعامل، وسوء نيته يكون عن طريق سلوكه مواقف سلبية وإيجابية، فقد يمتنع عن الإدلاء بمعلومات تفيد المتعاقد، وقد يقوم بانتهاج مواقف إيجابية تكون بالإدلاء بمعلومات غير صحيحة على سبيل المثال تلحق الضرر بالمتعاقد الآخر الذي اعتمد على هذه المعلومات في إبرام العقد[1].

2- أما المعيار الموضوعي يكون بالنظر إلى مبدأ حسن النية كقاعدة محددة متمثلة بالسلوك العادي في التعامل التي تتطلب النزاهة والصدق في التعامل وفق المتعارف عليه في محيط المجتمع[2].

وقد نص المشرّع الأردني في المادة (1/202) مدني على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"[3]، ونتمنى على المشرّعين الأردني والكويتي تقنين مبدأ حسن النية بشكل صريح وفقاً لمفهومه الموضوعي كقاعدة سلوكية يجب مراعاتها، وذلك لحماية المتعاقد من الأضرار التي قد تصيبه جرّاء مخالفة هذا المبدأ.

ونقترح على المشرّعين الأردني والكويتي أن يضيفا إلى نص المادة (202) مدني أردني والمادة (197) مدني كويتي بنداً إضافياً مفاده: "على المتعاقدين أن يلتزموا بمبدأ حسن النية الذي يراعي الأعراف المتبعة في تعاملاتهم".

الفرع الثاني: علاقة مبدأ حسن النية بالمفاوضات:

يعتبر التفاوض من المسائل المهمة التي فرضها التطور في المجال التكنولوجي والمعلوماتي، فالصفقات التي تبرم بين الشركات على سبيل المثال تكون كبيرة وباهظة التكلفة

---

[1] نصير، يزيد أنيس، مرجع سابق، ص23.

[2] سليمان، شيرزاد، مرجع سابق، ص62-63.

[3] انظر أيضاً: نص المادة (197) مدني كويتي.

وغالباً ما يكون التفاوض فيها عن طريق الإنترنت، لتكوين صورة واضحة عن الصفقة قبل إبرام العقد.

إن علاقة مبدأ حسن النية بالمفاوضات العقدية تظهر من خلال أثر هذا المبدأ في تلك المفاوضات، كذلك من خلال بيان صور تدخل القاضي لحماية هذا المبدأ.

أولاً: أثر مبدأ حسن النية في المفاوضات:

تؤدي المفاوضات دور مهم في تحديد شكل العقد الذي يُصاغ في النهاية وفقاً لإرادة المتعاقدين، فمتى ما كانت المفاوضات في دائرة حسن النية تقوم صحيحة خالية من الشوائب التي قد تؤثر فيها مستقبلاً، سواء في مرحلة تكوين العقد أو مرحلة تنفيذه.

فإن التزام كل طرف في التفاوض بمبدأ حسن النية يؤدي إلى تكوين ثقة متبادلة وبالتالي إلى نشوء عقد سليم منتجاً لآثاره القانونية والعكس صحيح[1]. فقيام أحد أطراف التفاوض باللجوء إلى سوء النية في التفاوض لانسحابه دون سبب قانوني يجعله مسؤولاً مدنياً عن هذا الانسحاب[2].

والسلطة التقديرية تعود للقاضي فهو الذي يتولى تقدير فيما إذا كان هناك مبرر مشروع لقطع المفاوضات أم لا.

إن الالتزام بحسن النية في تكوين العقد يأخذ وجهاً خاصاً به أثناء المفاوضات، فهو لا يفرض عدم إنهاء المفاوضات، ولكن يوجب بعدم إنهائها عندما تثار لدى الطرف الآخر الثقة في إبرام العقد، فالبحث عن الخطأ المتضمن في خداع الثقة المتولدة يجب أن يأخذ بعين الاعتبار تلك الحالة فعلياً في كل حالة بين الأطراف المتفاوضة[3]. هذا ويكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة بشأن إضفاء وصف الخطأ على قطع المفاوضات من حيث تحققه من عدمه.

وقد أشار المشرّعان الأردني والكويتي إلى وجوب الالتزام بمبدأ حسن النية في التعاملات، فقد أشار المشرّع الأردني لمبدأ حسن النية في عدة مواضع منها عند تعرضه للمواد التي تتناول عيوب الرضا والغلط بالتحديد، ففي المادة (1/56) أشار إلى أنه: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية"، وكذلك نصت الماده (149) مدني كويتي بأنه:" لايجوز لمن صدر رضاؤه عن غلط، أن يتمسك بغلطه على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النيه...".

(1) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص93.

(2) سليمان، شيرزاد، مرجع سابق، ص440.

(3) البدو، أكرم وعبد الله، محمد، مرجع سابق، ص437.

ونصت المادة (1/202) من القانون المدني الأردني على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، والماده (197) مدني كويتي تقضي بأنه:"يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع مايقتضيه حسن النيه وشرف التعامل".

نلاحظ أن المشرّعان الأردني والكويتي قد استلزما توافر الأمانة والثقة بين الأطراف المتفاوضة تحقيقاً لمبدأ حسن النية.

ثانياً: صور تدخل القاضي لحماية مبدأ حسن النية في المفاوضات:

كما تدخل مراحل تنفيذ العقد في نطاق مبدأ حسن النية، كذلك مرحلة تكوين العقد تدخل في هذا النطاق لإلزام الأطراف بالالتزام بهذا المبدأ، لمنع أي طرف أن يسلك طريقاً يلحق ضرراً بالمتعاقد الآخر، مثل كتمان معلومات ضرورية يتوقف عليها إبرام العقد من عدمه.

وسأبحث في هذا المجال حماية مبدأ حسن النية في نطاق أهلية التعاقد، وكذلك تحديد شروط التعاقد، وطبيعة العقد المراد إبرامه وصولاً إلى إبرام العقد الأصلي بشكل نهائي.

1. أثر تدخل القاضي لحماية حسن النية في نطاق أهلية المتعاقد:

تنص المادة (116) مدني أردني بأن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"، ونصت الماده (84) مدني كويتي:" كل شخص أهل للتعاقد، مالم يقرر القانون عدم أهليته أو ينقض منها".

يقع عبء الإثبات في حالة نقص الأهلية أو انعدامها على من يدعيه، فإن استطاع المتعاقد الذي يدعي نقص أهليته إثبات ذلك أمام قاضي الموضوع، عندها للقاضي أن ينقض العقد، وإن كان عديم الأهلية وأثبت ذلك، فالقاضي في هذه الحالة يقرر بطلان العقد[1].

ومبدأ حسن النية لا يؤثر على حق ناقص الأهلية في طلب نقض العقد، ولكن يوجب عليه التعويض للمتعاقد الآخر متى ما ثبت أنه قد لجأ إلى طرق احتيالية أثرت على من تفاوض معه وأوصلته إلى إبرام العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (134) مدني أردني: "1- يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، 2- غير أنه إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض"، وأيضاً مانصت عليه الماده (2/97) مدني كويتي:" 2. على أنه إذا لجأ القاصر في سبيل إخفاء نقص أهليته، إلى طرق تدليسيه، من شأنها أن تحمل على الإعتقاد بتوافر الأهليه لديه، كان ملتزماً بتعويض من تعاقد معه عما يرتبه له الإبطال من ضرر".

---

(1) السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص112.

يقتصر دور القاضي بناءً على النص السابق بأن يلزم من لجأ إلى طرق احتيالية لإيقاع الطرف الآخر في التعاقد بالتعويض، كما أعطت الفقرة الثالثة من المادة (97) مدني كويتي للقاضي سلطة رفض دعوى الإبطال التي يرفعها ناقص الأهلية متى ما ثبت للقاضي أنه قد انتهج طرق احتيالية للإيقاع بالمتعاقد الآخر ويقتصر حق المتعاقد على التعويض فقط.

وقد أضفى المشرّع الأردني حماية للغير حسن النية في حال وثوقه بظاهر ناقص الأهلية، بناءً على نظرية الوضع الظاهر التي تعتبر هذا الظاهر خداع مصدراً للحق[1]، وهذا ما نص عليه المشرّع في المادة (1/12) مدني أردني: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية، وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

يلاحظ أن النص السابق قد أوجب على القاضي رفض طلب ناقص الأهلية متى كان أجنبياً قد تعاقد في الأردن وأنتج العقد أثره فيها، فلا يحق له أن يتمسك بنقص أهليته لنقض العقد، والنص السابق مقيد فهو يتناول النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي وأن يكون العقد أبرم في الأردن وينفذ فيها.

وهناك مَنْ يرى[2]أن قبول الادعاء بجهل القانون الشخصي وتطبيق القانون الأردني في تحديد أهليته يكون مستنداً إلى حماية المصلحة الوطنية، وتطبيقاً لما ورد في المادة (12) مدني أردني.

وقد اتفق المشرّعان الأردني والكويتي في رفض دعوى الإبطال التي يرفعها ناقص طالباً نقض العقد، ولكن يختلفان في أن المشرّع الأردني قصرها على النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي، بينما المشرّع الكويتي يطبقها على النزاعات الداخليه، إذ نصت الماده (3/97) مدني كويتي على أنه :" 3. ويجوز للقاضي على سبيل التعويض المستحق وفقاً للفقره السابقه أن يقضي برفض دعوى الإبطال".

وعلى الرغم من أن المشرّع الأردني أكد صحة تصرفات المحجور عليه لسفه أو لغفلة قبل الحكم عليه بالحجر كما هو في المادة (127) مدني، وأعاد تأكيده أيضاً في المادة (129)

---

[1] الداودي، غالب علي (1996). المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني، الروزانا للطباعة، إربد، ط4، ص245.

[2] الزعبي، عوض أحمد (2011). مدخل إلى علم القانون، إثراء للنشر، الأردن، مكتبة الجامعة، الشارقة، ط2، ص168-171.

مدني، إلا أنه استثنى حالة الاستغلال أو التواطؤ الذي ينطوي على سوء نية سواء من قبل ناقص الأهلية أو من تفاوض معه متوقعاً الحجر، فلا يسري النص عليهم في هذه الحالة، وأرى أن القاضي له في هذه الحالة سلطة في نقض العقد وقد يثير القاضي مسألة الأهلية من تلقاء نفسه على اعتبار أنها من النظام العام. [1]

2. أثر تدخل القاضي في تحديد شروط التعاقد وطبيعة العقد المراد إبرامه في مرحلة المفاوضات:

يتضمن التفاوض تبادل المواصفات المتعلقه بمحل التفاوض، والتعرف على طبيعة العقد المنوي إبرامه، فكل طرف في التفاوض يتبين في هذه المرحلة من أن التعاقد في مصلحته، فيقرر ابرام العقد من عدمه، وينتهي التفاوض بالإتفاق على المسائل الجوهرية (الأساسية)، ذلك أن الإتفاق يؤدي إلى إنعقاد العقد، مالم يكن الأطراف قد علقا إنعقاد العقد على إتفاقهم على المسائل التفصيلية (الثانوية). والمسائل الجوهرية يقصد بها العناصر اللازمة لانعقاد أي عقد، وكذلك المسائل التي ما كان الطرفان يقبلان التعاقد دون الاتفاق عليها، كالثمن، والمبيع، أي الأشياء التي تشكل أهمية وفقاً للمتعارف عليه ونظرة المتعاقدين، وهذه المسائل تعتبر من مسائل الواقع التي يستقل في تحديدها قاضي الموضوع في بحثها[2]. والسؤال الذي يطرح هنا، ماذا لو إختلف الأطراف في تحديد ماهو من المسائل الجوهرية (الأساسية)، وماهو من المسائل التفصيلية (الثانوية)؟ وبعبارة أخرى، ماذا لو إعترض أحد أطراف التفاوض بعد إنعقاد العقد على بعض المسائل واحتج بأنها من المسائل الجوهرية التي كان من المفترض الإتفاق عليها لينعقد العقد، وإعترض الطرف الآخر بأنها من المسائل التفصيلية التي لايلزم الإتفاق عليها لإنعقاد العقد؟.

ففي هذه الحالة يتدخل القاضي لما له من سلطة واسعة في تحديد المسائل الجوهرية (الأساسية) في العقد، بخلاف سلطته في المسائل التفصيلية (الثانوية)، فيقوم بالبحث في مرحلة المفاوضات عن ما يساعد على الوصول لإرادة الأطراف المشتركة، وطبيعة تعاملهم مستعيناً بقواعد العدالة والعرف الجاري في التعامل، وبعدها يقوم بتحديد ما إذا كانت المسألة محل الخلاف أساسية فيقرر إنعقاد العقد، وما إذا كانت تفصيلية فيقرر عدم إنعقاد العقد، أي أن الأطراف لم يتعدوا مرحلة المفاوضات، وهذه السلطة لاتخضع لرقابة محكمة التمييز، وفي ذلك قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "تحديد طريقة دفع الثمن، وتاريخ تسليم المبيع هي مسائل

---

[1] المادة (127) مدني أردني يقابلها: مادة (85) مدني كويتي.

[2] حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص628.

تفصيلية، ولكن إذا ثبت للقاضي أنها جوهرية في نظر أحدهما، فلا ينعقد العقد لعدم مطابقة القبول للإيجاب، فإذا على الموجب له قبوله على تحديد طريقة تسديد الثمن وانعدمت المطابقة بشأن هذه المسألة فلا ينعقد العقد"[1]، وقضت أيضاً بأن: "عدم اتفاق أطراف العقد على تحديد مدة تسليم السيارة المستعملة ووقت دفع الثمن يعدّ سبباً لعدم انعقاد العقد، لأن تحديد مدة التسليم ودفع الثمن يعدان عنصرين جوهريين في العقود الواردة على السيارات المستعملة، حيث جرى العرف وطبيعة التعامل على أن هذه السيارات تتغير حالتها وقيمتها بسرعة"[2].

لم يضع المشرّعان الأردني والكويتي قواعد تنظم العلاقة بين طرفي التفاوض في هذه المرحلة، ولكن اعترفا بها في المادة (100) من القانون المدني الأردني، والمادة (52) من القانون المدني الكويتي كمرحلة سابقة على إنعقاد العقد، تنتهي بالإتفاق على المسائل الجوهرية وأيضاً التفصيلية إذا كان متوقف عليها إنعقاد العقد، وحال وقوع خلاف للقاضي سلطة في تحديد هذه المسائل، مستعيناً بإرادة الأطراف وقواعد العدالة والعرف الجاري.

يتبين مما سبق، أن المفاوضات هي مرحلة سابقة على إنعقاد العقد يكون فيها التعرف إلى طبيعة العقد وعلى شروط كل طرف، وتنتهي بالإتفاق على المسائل الجوهرية، إلا إذا إشترط الأطراف لإنعقاد العقد الإتفاق على المسائل التفصيلية، فعندها يكون كذلك.

ويظهر دور القاضي في هذه الصورة عندما يحدد المسائل الجوهرية ويميزها عن المسائل التفصيلية، فهو بهذه السلطة يكون قد أكد إنعقاد العقد وذلك عندما يقرر أن الأطراف في التفاوض قد إتفقوا على جميع المسائل الجوهرية، أو يقرر عدم إنعقاد العقد، وذلك عندما يرى أن الأطراف لم يتفقوا على جميع المسائل الجوهرية، أي أنهم مازالوا في مرحلة المفاوضات، فلم يقع بعد أي إلتزام على عاتقهم.

المطلب الثاني: صور تدخل القاضي في إبرام العقد المستقبلي:

قد يتوصل الطرفان في مرحلة المفاوضات – كما رأينا – إلى إبرام العقد المستقبلي، وقد تقتصر على اللجوء إلى التزام يكون أساسه القانون، كالوعد بالتعاقد، أو العقد الابتدائي، أو التعاقد بالعربون، والسؤال هنا: ما مدى سلطة القاضي في التدخل لإبرام العقد المستقبلي فيما لو عرض أمامه نزاع يتعلق بواحدة من الحالات آنفة الذكر؟

---

(1) تمييز كويتي، الطعن رقم 2004/178، تاريخ 2004/5/15، منشورات جمعية المحامين الكويتية، العدد الرابع، السنة السابعة، 2005م، ص78.

(2) تمييز كويتي، الطعن رقم 2000/1821، تاريخ 2000/3/16م، منشورات جمعية المحامين الكويتية، العدد الأول، السنة الرابعة، 2001-2002م، ص141.

للإجابة على هذا التساؤل سأقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع؛ نتناول في الأول الوعد بالتعاقد، والثاني العقد الابتدائي، والثالث التعاقد بالعربون.

الفرع الأول: الوعد بالتعاقد:

عرّف جانب من الفقه[1]الوعد بالتعاقد على أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه أحد العاقدين أو كلاهما بإبرام عقد مستقبل حينما يبدي الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها والمحددة بموجب الوعد".

وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية: "يتضح من نص المادة (106) من القانون المدني أن الوعد يتعلق بأمر سيتم في المستقبل"[2].

وله تطبيقات عديدة، منها على سبيل المثال أن يأخذ شخص من آخر وعداً ببيع سيارته خلال فترة معينة متى أبدى هذا الشخص رغبته بشرائها، يكون الوعد خلال هذه الفترة ملزماً لمن يريد البيع.

"وكما يمكن أن يكون الوعد بالبيع وعداً بالشراء إذا كان المشتري في هذه الفترة هو الذي وعد بالشراء متى ما أفصح المالك عن رغبته في بيع الشراء الموعود بيعه"[3].

ونظم المشرّع الأردني الوعد بالتعاقد في المواد (92، 105، 106) مدني، ونظمه المشرع الكويتي في المواد (72، 73) مدني.

وتنص المادة (92) مدني أردني بأن: "صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعداً ملزماً إذا انصرف إليه قصد العاقدين".

وتنص المادة (105) مدني أردني بأن: "1. الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها، 2. وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد".

---

(1) الجبوري، ياسين (2011). الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ط2، ص134؛ والسرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص97.

(2) تمييز حقوق رقم 1980/341، تاريخ 1980/2/11، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة.

(3) سلطان، أنور (1987). مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ط1، ص60؛ أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص163.

وتنص المادة (106) مدني أردني بأنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل، وقاضاه الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة للعقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد".

يتضح من النصوص السابقة أن لصحة قيام الوعد بالتعاقد يجب توافر الشروط التالية:

أولاً: توافر الأركان العامة للعقد (ارتباط الإيجاب بالقبول).

ثانياً: تعيين المسائل التي تعتبر جوهرية بالنسبة للأطراف أو بطبيعة التعامل للعقد الموعود به.

ثالثاً: يجب تحديد مدة لإبرام العقد النهائي خلالها. "وإذا اتفق في الوعد بالتعاقد على أن تكون المدة هي المدة المعقولة، وتضمنت الدعوى ما يلزم لتحديد هذه المدة منح الوعد، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها، تولى القاضي عنهما هذا الأمر"[1].

وهذا يعني أن اختلاف الطرفان على تحديد المدة المعقولة المتفق عليها يعطي القاضي سلطة تقديرية في تحديدها مراعياً في ذلك الأعراف المتبعة في مثل هذه العقود.

رابعاً: مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون في العقد الموعود به إذا كان عقداً شكلياً، وإلا وقع باطلاً:

وهذا ما يؤكده قضاء محكمة التمييز الأردنية، حين قضت بأن: "بيع العقار الذي تمت فيه أعمال التسوية أو الوعد ببيعه يجب أن يوثق لدى دائرة التسجيل المختصة لاستيفاء الشكل الذي اشترطته المادة 16 من قانون تسوية الأراضي والمياه، وإلا عد باطلاً في ضوء نصوص المواد 105، 106 من القانون المدني لا يرتب أثراً يتعين معه إعادة العاقدين إلى حالهما قبل التعاقد"[2].

وكذلك قضت بأنه: "يستفاد من المادة (2/1/105) من القانون المدني والمادة (20) من قانون الطوابق والشقق أن عقد الوعد بالبيع الواقع على شقة أو طابق أو بناية في الأراضي التي تمت فيها التسوية يجب أن يوثق لدى دائرة التسجيل المختصة، وأن يتضمن العقد وصفاً للعقار المراد بيعه والثمن المتفق عليه وتحديد مدة نفاذه وأن تسجيل هذا العقد شرطاً شكلياً لصحة هذا العقد، وفي الحالة المعروضة نجد أن اتفاقية تعهد/ فراغ شقة مبدئي للشقة السكنية موضوع هذه الدعوى لم توثق لدى دائرة التسجيل المختصة، وحيث يعتبر بيع العقار خارج دائرة التسجيل المختصة باطلاً، وعليه فإن الوعد بالبيع والتعهد بالفراغ بالنسبة للعقار يعتبر باطلاً إذا لم يراع الشكل الذي رسم القانون وذلك بصراحة نص الفقرة الثانية من المادة (105) من القانون

---

(1) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص61.

(2) تمييز حقوق رقم 2009/2326، تاريخ 2009/12/14، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة.

المدني، وبالتالي فإنه لا مجال لتطبيق أحكام المادة (1149) مدني على وقائع هذه الدعوى لأن أحكام هذه المادة تطبق في حال تسجيل التعهد بالفراغ لدى دوائر التسجيل المختصة لأنه يعتبر في هذه الحالة عقداً صحيحاً والضمان لا يترتب إلا على العقد الصحيح أما العقد الباطل فلا يرتب أثراً إعمالاً للمادة (168) من القانون المدني"[1].

وبما أن الوعد بالتعاقد يعتبر عقد بذاته إذن لابد من مراعاة الشكلية التي يتطلبها القانون في بعض العقود كتلك التي ترد على عقار، فالشكلية في هذه الحالة تعتبر شرط إنعقاد فإن تخلفت بطل العقد لعدم إشتماله على شروط صحته. وما يهمنا في هذا المجال هو بيان الأثر القانوني لتدخل القاضي في الوعد بالتعاقد.

"الأصل أن ينعقد العقد النهائي عند إبداء الموعود له رغبته في إبرامه، فإذا انعقد العقد بهذه الطريقة قام التزام الواعد الذي يكون عندئذ طرفاً في العقد النهائي بتنفيذه اختياراً أو إجباراً بحكم من القضاء، وهو ينفذه عيناً إذا كان ذلك ممكناً أو بطريق التعويض إذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً لهلاك الشيء الموعود به بفعل من الواعد، أو أن هذا الأخير قد تصرف به إلى الغير حسن النية قبل أن يبدي الموعود له رغبته"[2]، ولكن قد يقع على الواعد التزام بالقيام بعمل معين حتى يعتبر العقد النهائي منعقداً، وعلى وجه الخصوص عندما يعد التسجيل شرطاً لازماً لانعقاد العقد النهائي ويرفض الواعد القيام بتنفيذ هذا الشرط، فما سلطة القاضي في مثل هذه الحالة؟ نصت المادة (106) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة للعقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد".

مما سبق يظهر دور القاضي في أن عقد الوعد متى كان مستوفياً لركنه وشروط صحته وأهمها الشكلية التي يتطلبها القانون في العقد النهائي، في هذه الحالة للموعود له متى ما تخلف الواعد عن تنفيذ وعده أن يلجأ إلى المحكمة ويأخذ حكم حائز على قوة الأمر المقضي، عندها يقوم الحكم مقام العقد وله مراجعة الدائرة المختصة ونقل ملكية المال محل الوعد إلى ملكيته دون الحاجة إلى حضور الواعد، وهنا يظهر دور القاضي، فالحكم الذي يصدره يساعد في ترتيب آثار عقد الوعد، بغض النظر عن ما إذا كان شكل التدخل حدده القاضي وفقاً لسلطته التقديريه، أم تم تحديده بنص القانون.

---

[1] تمييز حقوق رقم 2009/3104، تاريخ 2010/4/25، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة.

[2] السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص103.

يتوقف انعقاد العقد الموعود به على رغبة الموعود له، فإن رغب بإبرام العقد في الفترة المحددة ينعقد ولو مات الواعد أو فقد أهليته قبل موافقة الموعود له. "وفي هذه الحالة يجب أن يصل رضا الموعود له إلى علم ورثة الواعد في حالة موته، أو من يمثله في حالة فقد أهليته"[(1)].

هذا ولم تشر المادتان (105، 106) مدني أردني إلى هذه المسألة، وأرى كباحث أن انتقال الخيار إلى مَنْ ينوب عن الواعد في مثل هذه الحالة يكون مجرد تطبيق القواعد العامة ولا يحتاج إلى نص يقرره، والأمر نفسه في حال فقد الموعود له أهليته أو وفاته.

الفرع الثاني: العقد الابتدائي:

الأصل أن يكون التعاقد بتلاقي الإيجاب من المتعاقد معا قبول المتعاقد الآخر في صورة عقد نهائي، ولكن قد يختلف الأمر في الواقع العملي فيأخذ التعاقد صور أخرى ومنها العقد الابتدائي.

والسؤال هنا: ما مدى سلطة القاضي التي تمنح له حق التدخل في هذه الصورة من التعاقد؟ وما الأثر الذي يتركه القاضي بعد تدخله؟

عرف جانب من الفقه العقد الإبتدائي بأنه:"هو عقد أولي أو تمهيدي لعقد آخر يليه"[(2)]، وكان سبب ظهور هذا النوع من العقود هو بيع العقارات على وجه الخصوص، لما تتطلبه هذه الأنواع من العقود من إجراءات في الشهر العقاري لانتقال الملكية، وهذه الإجراءات تقتضي حضور البائع أمام الموثق لاستكمال إجراءات البيع، فاتجه الأشخاص إلى إبرام عقد ابتدائي يشتمل على جميع الشروط المتوافرة في العقد النهائي من انعقاد وصحة، إلى أن يتم تحرير العقد وفقاً لمتطلبات الشهر العقاري[(3)].

كما قد يبرم العقد الابتدائي شفاهة بين شخصين في أي موضوع ولا يتعلق بالضرورة بالعقار، تمهيداً لتحرير العقد المستقبلي كتابةً تيسيراً لإثباته؛ لذلك لا تقتصر فكرة العقد الابتدائي على العقود التي ترد في شأن ملكية العقارات وغيرها من الحقوق العينية. "والعقد الابتدائي هو ذات العقد المقصود به أن يكون نهائياً، ويلتزم طرفاه في عمل ما يستوجبه العقد النهائي، مثال ذلك أن يساهم المتعاقدان في العقود الواردة على العقارات في التوقيع النهائي أمام موثق العقود،

(1) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (2011). نظرية الإلتزام، ج1، المصادر الإرادية للإلتزام، العقد والإراده المنفرده، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط1، ص168.

(2) عبدالرضا، عبدالرسول والنكاس، جمال فاخر (2009-2010). الوجيز في النظريه العامه للالتزامات، الكتاب الأول – مصادر الالتزام والإثبات، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ص71 .

(3) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص159.

وهي عملية ضرورية لتسجيل العقد حتى تنتقل الملكية إلى المشتري، ويكون نقل الملكية نهائياً نافذاً بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، أما سائر الالتزامات الأخرى فإنها تترتب على العقد الابتدائي، ذلك أن هذا العقد يلم البائع بتسليم المبيع كما يلزمه بضمانه وبنقل ملكيته، كما يلزم المشتري بدفع الثمن ويكون له الحق في ثماره"[1].

إن الالتزامات المذكورة أعلاه لا تترتب آثارها بمجرد إبرام العقد الابتدائي، بل تظر متوقفة إلى إبرام العقد النهائي ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك، لأن فكرة العقد الابتدائي تتضمن وقف الالتزامات إلى أن يتم تحديد العقد النهائي الذي يحوي نفس الالتزامات، لما قد يطرأ من أسباب تحول دون إبرام العقد النهائي، فيكون الاتفاق عليها بدائياً لضمان نفاذها في الوقت المتفق عليه أو في فترة معقولة يقدرها قاضي الموضوع[2].

وقد نظم القانون المدني الكويتي العقد الابتدائي في المادتين (70، 71)، فقد نصت المادة (70) على أنه: "1- إذا كان من مقتضى العقد أن يبرم مرة ثانية أو في صورة أخرى، وجب على كل من طرفيه إبرامه في وضعه النهائي، وذلك في الميعاد الذي يحدده العقد الابتدائي، وإلا ففي مدة معقولة، 2- ويبرم العقد النهائي بنفس شروط العقد الابتدائي، ما لم يتفق على إجراء تعديل فيها، أو كان هذا التعديل مما يستوجبه طبيعة المعاملة أو ظروف الحال".

وبينت المادة (71) مدني كويتي حكم إخلال أي طرف من أطراف العقد الابتدائي بالتزامه، حيث نصت بأنه: "1. إذا أخل أحد طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بإبرام العقد النهائي، كان للطرف الآخر، إذا لم يكن مخلاً بالتزاماته، أن يطلب الحكم في مواجهته، بصحة العقد الابتدائي ونفاذه، 2. ويقوم الحكم بصحة ونفاذ العقد الابتدائي مقام العقد النهائي، وذلك دون إخلال بما قد يتطلبه القانون لشهر العقد إن كان لشهره مقتضى".

ولم ينظم المشرّع الأردني العقد الابتدائي كما فعل المشرّع الكويتي، واكتفى بتنظيم الوعد بالتعاقد في النصوص (92، 105، 106) مدني، وأرى أنه لا يمكن تطبيقها على العقد الابتدائي، ذلك أن الوعد بالتعاقد يختلف عن العقد الابتدائي، فالأول يكون الاتفاق فيه على المسائل الجوهرية فقط ما لم يتفقوا على عكس ذلك، ويتحقق الالتزام الذي ينشأه الوعد بالتعاقد، بينما العقد الابتدائي يكون مشتملاً على جميع عناصر العقد المستقبلي الذي يتضمن المسائل الجوهرية والتفصيلية ولكن تكون الالتزامات متوقفة إلى وقت إبرام العقد النهائي الذي يشابه

---

[1] عبد الرضا والنكاس، مرجع سابق، ص72.

[2] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص95.

العقد الابتدائي ولكن بصورة نهائية، وهذا الأصل ما لم يتم الاتفاق على التعديل، وأقترح على المشرّع الأردني معالجة العقد الابتدائي بقواعد قانونية متكاملة كما فعل المشرّع الكويتي.

وبالرجوع إلى نص المادتين (70، 71) مدني كويتي، فإن الباحث ومن خلال استقراء وتحليل المادتين سالفتي الذكر، يخلص إلى الآتي:

1. يعتبر العقد الابتدائي عقداً صحيحاً ولازماً، ولكنه لا يرتب آثاره إلا بعد إبرامه مرة أخرى كلما كان بصورة نهائية، أو بإجراء بعض التعديلات بناءً على الاتفاق.
2. أن يبرم العقد الابتدائي في الموعد المحدد أو في فترة معقولة يقدرها قاضي الموضوع.
3. أي منازعة في صحة العقد امتناع البائع عن تنفيذه، يستلزم استصدار حكم يقوم مقام العقد.

بمعنى في حالة امتناع البائع عن القيام بالأعمال التي تتطلبها بعض العود مثل الشكلية، للمتعاقد الآخر اللجوء للقضاء للحصول على حكم يقوم مقام العقد في استيفاء متطلبات التسجيل دون الحاجة للبائع..

وتظهر – كما رأينا – سلطة القاضي في إصدار حكم يجبر الطرف الذي يمتنع من إبرام العقد الابتدائي بصورته النهائية بإبرامه، وأيضاً إصدار حكم يقوم مقام العقد في إجراءات التسجيل متى ما امتنع البائع من القيام بها.

الفرع الثالث: التعاقد بالعربون:

قد يقوم أحد الأطراف بدفع مبلغ معين للطرف الآخر عند إبرام العقد (النهائي)، فيكون هذا المبلغ بمثابة عربون.

السؤال هو: ما سلطة القاضي في هذا النوع من التعاقد؟ وما الأثر الذي يتركه بعد تدخله في هذا النوع من التعاقد؟.

نظّم المشرّع الأردني العربون في المادة (107) مدني، إذ نصت بأن: "1. دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك، 2. فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله".

وعالج المشرّع الكويتي التعاقد بالعربون في المواد (من 74 إلى 77) مدني. نصت المادة (74) مدني كويتي على أن: "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من طرفيه خيار العدول".

ونصت المادة (75) من ذات القانون بأنه: "إذا عدل من دفع العربون، وإذا عدل من قبضه، التزم برده ودفع مثله – وذلك كله دون اعتبار لما يترتب على العدول من ضرر".

ونصت المادة (76) منه على أنه: "1. إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف ميعاد المباشرة خيار العدول، بقي هذا الخيار إلى الوقت الذي يصدر فيه من المتعاقد ما يدل على رغبته في

تأكيد قيام العقد، 2. على أنه إذا قعد أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته في الأجل المحدد، أو تراخي في ذلك مدة تتجاوز المألوف، جاز للمتعاقد الآخر أن يعتبر ذلك عدولاً منه عن العقد".

كما ونصت المادة (77) منه على أن: "1. استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، بسبب يُعزى للمتعاقد، تعتبر في حكم مباشرته خيار العدول عن العقد، وتتحدد مسؤوليته بقيمة العربون، وفق ما تقضي به المادة (75)، 2. فإن كانت استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد راجعة إلى سبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه، وجب رد العربون إلى دافعه".

من خلال استقراء المواد سالفة الذكر، يتضح للباحث الآتي:

أولاً: أعطى المشرّعان الأردني والكويتي الحق لطرفي العقد في العدول عن العقد متى ما دفع أحد الطرفين عربون للآخر، وهذه القاعدة ليست آمرة أي ليست من النظام العام، بل قاعدة مكملة يجوز الاتفاق بين الطرفين على مخالفتها.

وتكون مخالفة هذه القاعدة أن يتفق الطرفان على أن هذا العربون يعتبر جزء من الثمن ويطبق في هذه الحالة القواعد إن قام أحد الطرفين بفسخ العقد وتترتب على هذا الفسخ ضرر، ويقدر القاضي قيمة الضرر الذي يمكن أن يتجاوز جبره قيمة العربون.

"وإذا تعذر على القاضي الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، أي قصدهما من دفع العربون، تعين عليه تطبيق الحكم الذي يقرره المشرّع، لأن هذا الحكم لا يطبق إلا في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على ما يخالفه"[(1)]. "وأنه عند الشك يجب تفسير دفع العربون بأن لكل من المتعاقدين الحق في نقض العقد"[(2)].

ثانياً: يلتزم من يعدل عن العقد بمقدار العربون، فإن عدل من دفعه يخسره، وإن عدل الطرف الآخر يلتزم برده ويدفع مثله، وإن لحق الطرف الآخر ضرر من العدول لا يملك القاضي أن يقدر الضرر بما يريد عن العربون، ويتقيد القاضي في هذه الحالة بنص القانون، "إذ يستحق مبلغ العربون للطرف الآخر دون اشتراط أن يصيبه ضرر ما، فهو يستحقه سواء أصابه ضرر أو لم يصبه، وأياً كان قدر الضرر الذي يصيبه، أكبر أو أقل من مبلغ العربون"[(3)]. وقضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "إذا كان هذا العقد هو وعد من قبل البائع المدعى عليه المميز بإبرام عقد بيع عقاري مع دفع العربون ومستوف لشرط التسجيل، فإنه ينطبق عليه شرط المادة 2/107 من القانون المدني التي تلزم الواعد برد العربون ومثله إذا عدل عن وعده، فإن تخلف الواعد عن تنفيذ التزامه بالفراغ يعتبر

---

(1) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص169.

(2) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص66.

(3) عبد الرضا والنكاس، مرجع سابق، ص77.

عدولاً عن الوعد فيكون الحكم المميز إذا قضى بإلزام المدعى عليه برد العربون المقبوض والبالغ خمسة آلاف دينار ومثله موافقاً للقانون، لأن التخلف عن تنفيذ الوعد بالبيع خلال الميعاد المتفق عليه ورغم الإنذار العدلي بطلب التنفيذ هو بمثابة عدول يرتب آثار المادة (2/107) من القانون المدني"[1].

ثالثاً: أما المدة التي يحق للمتعاقدين فيها استخدام حقهم في العدول عن العقد، تكون بالاتفاق فيما بينهم، وإذا لم يتفقا تكون وفقاً للعرف الجاري، وإن لم يحددها العرف تكون من المسائل التي يقدرها قاضي الموضوع، مراعياً في ذلك الوقت الذي أبدى فيه المتعاقد رغبته بتأكيد قيام العقد، وطبيعة التعامل، وأيضاً الظروف المحيطة أثناء التعاقد[2].

رابعاً: وفيما إذا استحال تنفيذ الالتزامات التي تنشأ عن التعاقد بالعربون، فقد عالجها المشرّع الكويتي في المادة (77) مدني، ونفرق بين فرضيتين:

الفرضية الأولى: أن يكون سبب الاستحالة عائداً على أحد المتعاقدين يكون في حكم مباشرته لخياره في العدول. وعليه فإن كانت الاستحالة راجعة إلى من دفع العربون يكون قد خسره، وإن كانت الاستحالة راجعة إلى من قبض العربون عليه أن يرده ويدفع مثله.

الفرضية الثانية: أن تعود الاستحالة إلى سبب أجنبي لأن للمتعاقدين فيه كالقوة القاهرة والحادث الفجائي، ففي هذه الحالة على من قبض العربون أن يعيده لمن دفعه، وذلك لأن العقد ينفسخ ويعتبر كأن لم يكن.

ولم يعالج التشريع الأردني حالة استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن التعاقد بالعربون كما فعل المشرّع الكويتي، وأرى أن المادة (77) مدني كويتي ليست إلا تطبيق للقواعد العامة لنظرية الالتزام، ولا يحتاج المشرّع الأردني أن يسايره في هذا الاتجاه، ذلك أن الماده (448) مدني أردني عالجت هذا الموضوع فقد نصت على أنه : "ينقضي الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه".

---

[1] تمييز حقوق رقم 1992/667، تاريخ 1993/11/30م، هيئة عامة، منشورات مركز عدالة.

[2] الجبوري، ياسين، مرجع سابق، ص147.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تحقيق عدالة التعاقد

يجب أن يراعي أطراف العقد العدالة في مرحلة إبرامه وأيضاً في مراحل تنفيذه، فمن ناحية إبرامه يلزم أن يكون العقد متولداً عن إرادة الطرفين الحرة، بحيث تكون خالية من الغبن والتدليس، ومن ناحية تنفيذه يجب أن تراعى العدالة في مخرجات العقد، من حيث توازن الأداءات المتقابلة التي تنشأ بعد إبرام العقد.

ونطرح التساؤلات التالية: ما الغبن والتغرير والتدليس الذي يؤثر في العقد في مرحلة إبرامه؟ وما سلطة القاضي إن تحققت؟ وما مدى سلطته أيضاً في تصحيح العقد الباطل تأسيساً على العدالة بين الأداءات المتقابلة؟

للإجابة على هذه الأسئلة، سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تدخل القاضي في العقد بسبب عيوب الرضا:

نظم المشرّع الأردني التغرير والغبن في المواد (من 143 إلى 150) مدني، كما أشار إلى عيب الاستغلال في نطاق عقد بيع السلّم بموجب المادة (538) مدني. أما المشرّع الكويتي فقد عالج عيوب الرضا الآتية: التدليس في المواد (من 151 إلى 155)، والاستغلال في المواد (من 159 إلى 161)، والغبن في المواد (من 162 إلى 166).

هذه العيوب قد تكون قبل التعاقد وأثناءه، فيجب على أطراف التعاقد أن يحموا إرادتهم منها عند التقدم لإبرام العقد.

"إن الدور الذي تؤديه النية في تحركها الإرادي يرتبط بالأخلاق ارتباطاً وثيقاً، ومن المبادئ العامة التي فرضها تغلغل الأخلاق في مجال الروابط القانونية مبدأ الغش الذي يفسد كل ما يقوم عليه، ولا يقتصر دور هذا المبدأ على مرحلة حياة العقد وتنفيذه، بل إنه يهيمن على الفترة السابقة على التعاقد ومنها مرحلة التفاوض"[1].

وعليه سأبحث في ماهية هذه العيوب، ومن ثم أبين أثر تدخل القاضي في العقد بسبب ما شابه منها، وسأقسم هذا المطلب إلى فرعين.

---

[1] ملحم، سعد حسين عبد (2005). التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنت، مجلة جامعة النهرين، بغداد، المجلد 8، العدد 13، ص93.

الفرع الأول: ماهية عيوب الرضا التي تشوب العقد في مرحلة إبرامه:

العيوب التي تصيب العقد في مرحلة تكوينه هي من أهم العيوب التي تؤثر فيه، وهي التدليس، والاستغلال، والغبن، وسأبين ماهية كل منهم في البداية للوقوف على سلطة القاضي إزاء هذه العيوب.

أولاً: معنى التدليس:

التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يؤدي به إلى التعاقد، فالتدليس لوحده لا يحقق هذا العيب ما لم يتولد لدى المتعاقد غلط، ذلك أن التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به[1].

عالج المشرّع التدليس تحت عنوان "عيوب الإرادة" في المواد من (151 إلى 155) مدني، وسمّاه المشرّع الأردني بالتغرير، ونظمه في المواد من (143 إلى 145) مدني.

وتعرفه المادة (143) بأنه: "يخدع أحد العاقدين الآخرين بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها".

يتضح أن للتغرير وفقاً لتعريف القانون الأردني عنصران، هما:

1. عنصر موضوعي، وهي الوسائل الاحتيالية التي تكون السبب في التعاقد، سواء كانت قبل العاقدين أو من أجنبي عن العقد.
2. عنصر نفسي، وهو تأثر المتعاقد بهذه الوسائل مما حمله إلى التعاقد.

ويعرف البعض التدليس بأنه: "اتخاذ مسلك تدليس بقصد تغرير المتعاقد وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد[2].

والتدليس المتمثل بالوسائل الاحتيالية ليس إلا طريق لتحقيق هدف معين، وهو حمل المتعاقد على إبرام العقد، فالتدليس لوحده ليس عيب، بل ما نتج عنه من تأثير في إرادة المتعاقد هو ما وصمه بالعيب، فهو كما قدمنا يتكون من عنصرين، موضوعي ونفسي[3].

تجدر الإشارة إلى أن التدليس يعتبر صورة من صور الغش يحدث أثناء التعاقد يهدف إلى حمل المتعاقد على إبرام العقد، ولكن يختلف هذا النوع عن الغش الذي يحدث بعد انعقاد العقد بقصد إلحاق الضرر بمصالح الغير، ومثاله تبديد المدين لأمواله إضراراً بمصالح الدائن،

---

(1) العمروسي، أنور، مرجع سابق، ص169.

(2) العمروسي، أنور، مرجع سابق، ص169.

(3) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص371؛ ونصير، يزيد أنيس، عدالة التعاقد، مرجع سابق، ص340؛ والعمروسي، أنور، مرجع سابق، ص170-171.

وحمى القانون الدائن هنا من خلال نصه في الماده (370) مدني أردني، والماده (310) مدني كويتي، على حقه في طلب عدم نفاذ تصرفات المدين في حقه.

فالتدليس والغش يمكن التفرقة بينهم من ناحيتين، من الناحية الأولى وقت تحققهم، فالتدليس يكون أثناء التعاقد، والغش يكون بعد التعاقد، والناحية الثانية هي جزاء التدليس هو إبطال العقد بالنسبة للقانون الكويتي والفسخ بالنسبة للقانون الأردني، والغش يكون جزاؤه عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن[1].

ثانياً: معنى الغبن والاستغلال:

لم يضع المشرّع الأردني تعريف محدد للغبن كسائر عيوب الرضا الأخرى، فالغبن هو عدم التوازن بين الأداءات الناشئة عن العقد بحيث تلحق الخسارة بأحد طرفي العقد، فيكون الفرق بين الأداءين كبيراً نظراً لسعر السوق، فمن أخذ أكثر مما أعطى يكون غابن بما زاد، وهذه الزيادة غُبن فيها الطرف الآخر الذي أعطى أكثر مما أخذ، فهو مغبون[2].

ونظم المشرّع الأردني الغبن في المواد (من 146 إلى 150) مدني، كما عالجه المشرّع الكويتي في المواد (من 162 إلى 166) مدني.

ولم ينظم المشرّع الأردني عيب الاستغلال، بل وضع له تطبيق وحيد في نطاق بيع السلم في المادة (538) مدني، ويتحدث عن استغلال حاجة المزارع في بيع السلم، في حين أن المشرّع الكويتي نظم عيب الاستغلال في المواد من (159 إلى 161) مدني.

يعرف الغبن بأنه: عدم التعادل بين الأداءات الناشئة عن العقد، فهو بهذا يعتبر المظهر المادي للاستغلال، بينما الاختلاف بينهما يكون في أن الاستغلال يقع على جميع التصرفات بينما الغبن غير متصور في عقود التبرع، والغبن يقاس بمعيار مادي فهو يظهر في الفرق بين الأداءات حسب سعر السوق، والاستغلال لا يقاس مادياً كالغبن[3].

وليشوب العقد غبن يجب أن تتوافر فيه – أي العقد – مجموعة شروط وهذا ما يستفاد من نص المادة (145) مدني أردني، وهي: أن يكون العقد قابل للطعن على أساس الغبن، أي أن لا يكون العقد من عقود التبرع بل يجب أن يكون من عقود المعاوضة، وأيضاً يجب أن يكون

---

(1) حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص1040.

(2) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص446.

(3) الرشدان، محمود علي (2010). الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط1، ص21-22.

العقد محدد القيمة، فالعقود الاحتمالية لا يمكن أن يلحقها الغبن لأن المتعاقد قد يربح أضعاف ما يدفع، وأن يكون العقد ملزم لجانبين، وأن لا يكون العقد قد تم عن طريق المزايدة أو المناقصة.

الاستغلال أمر يستقر في النفس يعكسه الغبن من حيث المظهر المادي، فهو استغلال أحد أطراف العقد للآخر لضعفه بغية الحصول على أداء دون تقديم منفعة، أو أن يحصل المستغل على أداء لا يتناسب مع ما يقدمه من منافع بحيث يكون بينهما تفاوتاً غير مألوف، والمعيار الذي يقاس به الاستغلال هو معيار شخصي لا مادي[1].

والغبن في مرحلة تكوين العقد يظهر في صورتين: الغبن المجرد، والاستغلال، ويمكن التفرقة بينهم في أن الأول يصيب العقد نفسه ويظهر ذلك بعدم تعادل الأداءات المتقابلة في العقد على نحو يخل بالتوازن العقدي المفترض، أما الاستغلال فيصيب الإرادة لأن المتعاقد يجد منفعة دون أداء مقابل أو يكون المقابل لا يتناسب مع هذه المنفعة إن نظرنا إليها من باب العدالة وظروف الحال، وانعدام المقابل وتفاوته يكون نتيجة لاستغلال طرف في العقد لضعف الآخر[2].

وما يميز الغبن عن الاستغلال في أن الأخير من المتصور أن يشوب جميع التصرفات ومن الممكن الطعن فيها على أساس الاستغلال، وهذا لكونه عيب يصيب الإرادة فهو لا يتعلق بالعقد كما ذكرنا سابقاً، بينما الغبن يراعى فيه أنه يصيب العقد نفسه، ولذلك فهو يؤثر في عقود معينة وهي عقود المعاوضة فمن غير المتوقع أن يكون الغبن في عقود التبرع لعدم وجود مقابل للالتزام إذا من الممكن الطعن في العقود على أساس الغبن إن كانت من عقود المعاوضة.

الفرع الثاني: أثر تدخل القاضي في العقد بسبب عيوب الرضا:

حرص المشرّعان الأردني والكويتي على أن يكون التعاقد نابعاً عن رضا المتعاقدين، فتصدى للعيوب التي تؤثر في الإرادة، حماية فيه على "العدل التبادلي"[3]، ويجب أن تراعي عدالة التعاقد مبادئ العدالة والظروف الاجتماعية، فهي لا تتحقق بتوافق طرفين العقد عليها فقط، بل يجب أن تراعي رضا الطرفين من جانب والعدالة والظروف الاجتماعية من جانب آخر.

---

(1) عبد الرضا والنكاس، مرجع سابق، ص113؛ وأبو الليل، إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص385.

(2) الخشروم، عبد الله حسين (1992). عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفقه الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ص12.

(3) الترماينني، عبد السلام (1961). سلطة القاضي في تعديل العقود، مجلة المحاماة السورية، العدد السادس، السنة 41، ص920، مشار إليه لدى: السلايطة، غازي، مرجع سابق، ص28.

وعلى هذا الأساس منح المشرّعان الأردني والكويتي سلطة للقاضي عند ظهور هذه العيوب التي تؤثر في العقد عند تكوينه، ومنها التدليس أو الاستغلال أو الغبن، وسأبحث أثر تدخل القاضي وحدود سلطته في العقد بسبب العيوب المذكورة آنفاً على النحو الآتي:

أولاً: أثر تدخل القاضي في العقد بسبب التدليس أو التغرير:

أوجب المشرّع الكويتي في المواد (151، 153)، والمشرع الأردني في المواد (143، 148)، لتحقق عيب التدليس أو التغرير كما أسماه المشرّع الأردني من توافر ثلاث شروط، الأول وهو استعمال طرق احتيالية، والثاني أن يكون التعاقد دافعه التدليس[1]، والثالث أن يصدر من المتعاقد الآخر أو ممن ينوبه. فما سلطة القاضي إزاء هذه الشروط؟

1. الطرق الاحتيالية، فهي: الأعمال التي يقوم بها المتعاقد بهدف التأثير على المتعاقد الآخر، وهذه الأعمال تكون احتيالية وفي نفس الوقت قد لا تكون كذلك، فالتحديد هنا يتوقف على النظر إلى من توجه له هذه الأعمال، فإن كان صاحب مستوى تعليمي أو ثقافي متدني، وتنطلي عليه هذه الأعمال عندها يحق عليها وصف احتيالية، أما إن كانت معروفة ومكشوفة له لخبرته ودرايته عندها لا تكون مؤثرة في إرادته، فالمعيار هنا معيار شخصي، وهذه المسألة تعدّ من مسائل الواقع يقدرها قاضي الموضوع، إلا أن العنصر المادي يعدّ من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة التمييز، فهي تبحث في مدى صلاحيته لينطوي تحت الطرق الاحتيالية[2]. أما العنصر المعنوي فهو التضليل الذي يخلفه العنصر المادي والهدف الوصول إلى غيره غير مشروع، والتضليل الذي يمثل العنصر المعنوي يستخلص من طبيعة العمل الذي لجأ إليه الشخص، فإن كان هذا العمل يشكل بحد ذاته مخالفة، كأن يقوم شخص بالمبالغة في وصف بضاعته إلى حد الكذب، وكان هذا الكذب هو ما دفع المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد، عندها يكون التدليس قد تحقق، وإن كانت المبالغة في حدود المعقول كأن يمدح التاجر بضاعته ويبرم المتعاقد الآخر العقد بناءً على ما سمع، ويكتشف بعد إبرام العقد أن البضاعة كغيرها من البضائع، فهذا لا يشكل تدليساً كون ما ذكره التاجر صحيح ولم ينطوي على كذب. [3]

وأرى أن استخدام المعيار الشخصي للبحث عن مدى تحقق التدليس لا يخلف معيار منضبط يمكن اللجوء إليه، فبعض الأعمال قد تشكل طرق احتيالية في بعض الأحيان، وفي أحيان أخرى قد لا تكون كذلك، لأن الأمر يعود بالأخير إلى النظر لشخص المدلس إليه، فلو

---

[1] العمروسي، أنور، مرجع سابق، ص175.

[2] الرشدان، محمود، مرجع سابق، ص99.

[3]حجازي، عبدالحي، مرجع سابق، ص1043.

كان المعيار موضوعي لكان من السهل التوصل إلى معيار محدد لاستخلاص الطرق الاحتيالية، فيكون الحكم على العمل من خلال النظر إليه من منظور الشخص المعتاد، فإن شكل هاذ العمل احتيالاً وقد تأثر به المتعاقد فعلاً يكون التدليس قد تحقق، فإن لم يشكل احتيالاً وفقاً للشخص المعتاد وتأثر به المتعاقد فعلاً يكون مغفل لا يحميه القانون، ذلك أنه لو بذل جزء من الجهد لتمكن من الإفلات من هذا العمل، وينظر هذا المعيار للعمل مع مراعاة الظروف المحيطة.

2. أما بخصوص أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، لا بدّ أن يكون المتعاقد قد أبرم العقد على ضوء ما صدر من الطرف الآخر من أعمال احتيالية، فهذه الأعمال يجب أن تكون مؤثرة في إرادته بحيث تجره لإبرام العقد، فإن لم تثر هذه الأعمال فيه وكان سيبرم العقد حتى لو لم يصدر من الطرف الآخر طرق احتيالية، عندها لا يكون هذا العمل مؤثراً في الإرادة، لأن هذه الأعمال لم تكن في الاعتبار عند إبرام العقد[1].

3. وفيما يتعلق بأن يكون التدليس صادراً من المتعاقد الآخر أو من نائبه، يجب لنهوض عيب التدليس أن يكون قد صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير، فإن صدرت هذه الأعمال من الغير بعلم المتعاقد أو كان من السهل أن يعلم بها، لمن تأثر بها أن يطلب فسخ العقد، ولكن إن لم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذه الأعمال ولم يكن من السهل أن يعلم بها، في هذه الحالة ليس لمن تأثر أن يطلب فسخ العقد بل له أن يرجع على من صدرت منه هذه الأعمال بناءً على قواعد المسؤولية التقصيرية، ويقع عبء إثبات التدليس على من دلس عليه[2].

وتطبيقاً لما سبق، قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه: "وفقاً للمادة (153) من القانون المدني إذا صدر التدليس من غير المتعاقد فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس"[3].

وكذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "1. عرفت المادة (833) من القانون المدني الوكالة بأنه عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم، 2. عرفت المادتان (87، 90) من القانون المدني العقد بأنه ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه ثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر، وينعقد العقد بارتباط الإيجاب والقبول مع مراعاة ما يقرره القانون

---

[1] العمروسي، أنور، مرجع سابق، ص176؛ وأبو الليل، إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص 375.

[2] نصير، يزيد، عدالة التعاقد، الغلط والتدليس – دراسة مقارنه، ج2، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع2، نشر سنة 2012، ص263.

[3] تمييز كويتي، الطعن رقم 94/1862، تاريخ 1994/2/17م، منشور في مجلة جمعية المحامين الكويتية، العدد الثامن، السنة الحادية عشرة، ص59.

فوق ذلك من أوضاع معينة/ انعقاد العقد، 3. اشترط القانون المدني الأردني لانعقاد العقد توافر أهلية التعاقد ومحل العقد وسببه بالمواد من (116-165) من ذات القانون، وحيث أن المشرّع قد اشترط لصحة العقد ألا يشوبه أي عيب من عيوب الرضا وهي: الإكراه، والتغرير، والغبن، والغلط، 4. إذا استندت الدعوى في أسبابها على إبطال عقد الوكالة لأن هذا العقد شابه عيب عدم صحة الرضا لوقوع المدعي تحت تأثير الاحتيال من جانب المدعى عليه بعد أن صدر حكم جزائي قطعي بإدانته بجرم الاحتيال، وحيث إن المادة (143) من القانون المدني قد عرفت التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضي به بغيرها، كما أن المادة (144) مدني اعتبرت التغرير بالكتمان تغريراً، وحيث إن المادة (145) من ذات القانون قد رتبت الجزاء على التغرير بالنص على جزاء الغبن الفاحش إذا نجم عن تغرير وهو إعطاء المتعاقد المغرر به الحق في فسخ العقد، والغبن كما عرفه فقهاء القانون المدني بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذ أو بأنه الضرر المادي الذي يقع على أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه وما يعطيه (يراجع الكافي في شرح القانون المدني الأردني مقارن ص455 للدكتور عبد المجيد الحكيم)، وحيث إن القانون الأردني لم يعتبر الغبن لوحده عيباً من عيوب الرضا واعتبره عيباً إذا نشأ عن تغرير وفق ما نصت عليه المادة (145) المشار إليه، وحيث إن التغرير يفسد القصد والإرادة، ولذلك فإن وقوع هذا التغرير من غير المتعاقدين وكان المتعاقد غير المغرور يعلم به يجعل ذلك مساوياً لصدوره من أحد المتعاقدين (يراجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني)"[1].

ومن ناحية الجزاء الذي رتبه المشرّع الأردني على التغرير يتضح من الماده (145) مدني، أنه أجاز لمن غرر به أن يطلب فسخ العقد، في حين أن المشرّع الكويتي أعطى المدلس عليه حق إبطال العقد لما لحقه من تدليس.

والسؤال الذي يثور هنا: ما سلطة القاضي في حال طلب فسخ العقد أو إبطاله؟ هل من الواجب عليه إجابة طلبه؟ سأبحث في موقف المشرّعان الأردني والكويتي على النحو الآتي:

1. موقف المشرّع الأردني من سلطة القاضي إزاء عيب التغرير:

تنص المادة (145) مدني بأنه: "إذا غرر أحد العاقدين بالآخر، وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش، كان لمن غرر به فسخ العقد".

يلاحظ من خلال استقرار وتحليل هذا النص الآتي:

---

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2008/708، هيئة خماسية، تاريخ 2008/11/4م، منشورات مركز عدالة.

أ. قرر المشرّع الأردني التغرير بغبن فاحش، فلا يمكن الادعاء به كعيب مستقل يشوب العقد ما لم يتولد عنه غبن فاحش، وهو خالف المشرّع الكويتي في هذا الحكم، فالمشرّع الكويتي أعطى للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد لمجرد التدليس ولو لم ينتج عنه غبن، فهو اعترف بالتدليس عيب مستقل بنهض بذاته لإبطال العقد.

ب. إن قام القاضي بالبحث في مرحلة تكوين العقد وتحقق من وجود التغرير عندها كان عليه أن يتأكد من وجود غبن فاحش لحق المغرر به، فإن كان قد اقترن التغرير بالغبن الفاحش عندها يجيب القاضي طلب المغرر به بفسخ العقد، وإن تحقق التغرير دون غبن فاحش، فلا يحق لمن غرر به أن يطلب فسخ العقد لعدم تطابق الحالة والنموذج الذي فرضه المشرّع، ويجوز إثبات التغرير بكافة طرق الإثبات ومنها الشهادة والقرائن على اعتبار أنه واقعة مادية[1].

2. موقف المشرّع الكويتي من سلطة القاضي إزاء عيب التدليس:

آثر المشرّع أن يعتد بالتدليس كعيب مستقل من شأنه أن يبطل العقد. "وهذا ما نصت عليه صراحة المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي الجديد بقولها: فالمعيار هنا معيار شخصي قوامه المتعاقد ذاته من حيث ما إذا كانت الحيلة أفلحت في تضليله أم لم تفلح، وليس معياراً مادياً يقوم على قدر ما تتسم به الحيلة في ذاتها من جسامة"[2].

إن تحقق عيب التدليس كان لمن دُلس عليه أن يطلب إبطال العقد، وله أيضاً أن يطالب بتعويض على اعتبار أن التدليس يعدُّ عملاً غير مشروع، وفي حال كان التدليس صادراً من الطرفين في العقد لا يحق لهما التمسك بإبطال العقد، وهذا ما صرحت به المادة (155) مدني كويتي بقولها: "إذا لجأ كل من المتعاقدين إلى التدليس على الآخر، وجره بذلك إلى التعاقد، امتنع على أي منهما التمسك بإبطال العقد"، وهو حكم منطقي وعادل، إذ لا يجوز لأي طرف منهما الادعاء بأن الطرف الآخر قد دلس عليه ودفعه إلى التعاقد، لأن غريمه قام بذات الفعل غير المشروع، لذلك حسم المشرّع الكويتي هذا الأمر لمصلحة استقرار التعامل.

بناءً على ما سبق، للقاضي أن يبطل العقد في حال تحقق عيب التدليس على اعتبار أنه عيب من عيوب الإرادة، وكذلك للقاضي أن يحكم بالتعويض كون التدليس عمل غير مشروع تعالجه قواعد المسؤولية التقصيرية، والتعويض يلجأ إليه المدلس عليه في حال لم تزول أضرار التدليس بإبطال العقد.

---

[1] حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص1053.

[2] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص45.

وللقاضي سلطة في أن يبقي العقد إذا تأكد بأن التدليس لم يكن هو الدافع للتعاقد، ويراعي حق المدلس عليه في طلب التعويض، إذا إن لم يكن التدليس هو الدافع للتعاقد على المدلس عليه أن يرفع دعوى التعويض دون دعوى الإبطال.

وإذا ثبت أن المدلس عليه قد قصر في حماية مصالحه وهذا التقصير هو السبب الذي أدى بالنهاية إلى التدليس، للقاضي في هذه الحالة أن يعمل نص المادة (1/234) مدني كويتي، وهو أن للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض متى ثبت لها أن خطأ المضرور قد ساهم مع خطأ الشخص في إحداث النتيجة.

ثانياً: أثر تدخل القاضي في العقد بسبب الاستغلال والغبن:

سأبحث أثر تدخل القاضي في العقد بسبب الاستغلال ومن ثم بسبب الغبن وذلك في بندين مستقلين.

1. أثر تدخل القاضي في العقد بسبب الاستغلال:

لم يعالج المشرّع الأردني عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني، واكتفى بإيراد تطبيق واحد له وهو في استغلال حاجة المزارع في بيع السلم، في حين أن المشرّع الكويتي نظمه في المواد (من 159 إلى 161) مدني كويتي.

تنص المادة (538) مدني أردني على أنه: "1. إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو بشروط مجحفة إجحافاً بيناً كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف وتأخذ المحكمة في ذلك بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان ومستوى الأسعار العامة وفروقاتها بين تاريخ العقد والتسليم طبقاً لما جرى عليه العرف. 2. وللمشتري الحق في عدم قبول التعديل الذي تراه المحكمة واسترداد الثمن الحقيقي الذي سلمه فعلاً للبائع وحينئذ يحق للبائع أن يبيع محصوله ممن يشاء، 3. ويقع باطلاً كل اتفاق أو شرط يقصد به إسقاط هذا الحق سواء أكان ذلك شرطاً في عقد السلم نفسه أو كان في صورة التزام آخر منفصل أياً ما كان نوعه".

وعرفت المادة (532) من القانون المدني الأردني بيع السلم بأنه: "بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل"، وذلك كأن يدفع شخص إلى مزارع مبلغاً معيناً من المال مقدماً، على أن يسلمه مقداراً محدداً من محصوله، فالثمن هنا يكون معجل، أما المبيع فسيقدمه البائع بعد فترة

زمنية معينه، وقد أطلق الفقه والقانون على هذا العقد اسم السلم، ويسمى كذلك السلف لأن الثمن في العقد يقدم قبل تسلم المبيع بفتره يحددها الأطراف[1].

وهناك شروط نصت عليها المادة (538) مدني لتطبيق نظرية الاستغلال في عقد السلم، وهي: أولاً أن يكون البيع سلماً، وثانياً أن يستغل المشتري حاجة المزارع للمال، وثالثاً أن ينتج عن هذا الاستغلال أن يبيع المزارع المحصول بسعر أو بشروط مجحفة إجحافاً بيناً بحقه، وأخيراً أن يكون البائع مزارعاً[2].

اشترط المشرّع الأردني توافر التغرير للاعتراف بالغبن الفاحش، وبالنظر إلى المادة (538) يتضح أنها قاصرة على استغلال حاجة المزارع في عقد بيع السلم، ولا يمكن لهذه المادة الإحاطة بكافة صور الاستغلال، وعندها يكون من الضروري أن يتبنى المشرّع نظرية عامة للاستغلال يعالج فيها جميع أنواع الضعف الموجودة في القوانين العربية، فإن أردنا حماية متعاقد أبرم العقد نتيجة استغلال ضعف إرادته كالحاجة، أو الطيش، أو الهوى، أو عدم الخبرة، أو ضعف الإدراك، فلا نجد نص تشريعي يرجع إليه القاضي ليطبقه على هذه الحالة، ويمكن القول في أن القاضي يرجع للفقه الإسلامي على اعتبار أنه المصدر الاحتياطي الرسمي الأول، وفقاً لنص الماده (2/2) مدني أردني ومفادها :" 2- فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فان لم توجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية"، وعليه فإن القاضي يعود إلى أحكام الفقه الإسلامي عندما يعرض أمامه نزاع يتعلق بالاستغلال.

وقضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "تجيز المادة (853) من القانون المدني للوكيل بالبيع أن يبيع مال موكله إلى زوجته بثمن المثل إذا فوضه الموكل بالبيع لمن يشاء، وبما أن القانون المدني لم يبين ما هو ثمن المثل، لذا يقتضي الرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي هو مصدر هذا القانون بالاستناد للمادة الثانية منه التي تنص: فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوصه، وحيث تبين لنا أنه ورد في كتاب المغني على الصحيفة (256) طبعة 1972م – يصح بيع الوكيل بما يتغابن الناس به وأن ما يتغابن به الناس معفو إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن لأن ما يتغابن الناس به يعدّ ثمن المثل، وبما أن المميز ضده قد وكل المميز بأن يبيع قطعة الأرض المشار إليها آنفاً لمن يشاء وبالثمن الذي يراه مناسباً، فيصح أن يبيعها لزوجته بثمن المثل، وبما أن الفرق ما بين ثمن المبيع بالعقد

---

[1] الخشروم، عبد الله، مرجع سابق، ص70.

[2] العبيدي، علي هادي، العقود المسماة، مرجع سابق، ص174-176.

المدعى ببطلانه وبين ما قدره الخبراء هو ما يتغابن الناس به وليس فيه غبن فاحش فيعد الثمن المبين بالعقد هو ثمن المثل وبهذه الحالة لا يبطل العقد"[1].

وسلطة القاضي التي منحها إياه المشرّع الكويتي في المادة (159) فتختلف باختلاف نوع العقود التي يشوبها الاستغلال، فإن كانت عقود معاوضة للقاضي بناءً على طلب ضحية الاستغلال أن يطلب إنقاص التزاماته، أو أن يبطل العقد، أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر، مراعياً في ذلك ظروف الحال والعدالة، وإن كان العقد تبرعاً لضحية الاستغلال أن يطلب من القاضي أن يبطل العقد أو أن ينقص في مقدار المال المتبرع به، وفقاً لما تقتضيه الاعتبارات الإنسانية ونظراً لظروف الحال ومراعاةً للعدالة.

يتضح مما سبق أن المشرّع الكويتي قد منح سلطة واسعة للقاضي في الاستغلال مقارنة بسلطته إزاء باقي عيوب الإرادة، فمن وقع تحت استغلال (ضحية الاستغلال) أن يطلب من القاضي أن ينقص في التزاماته، أو أن يبطل العقد، وكذلك زيادة التزامات الطرف الآخر، وهذه السلطات يمتلكها القاضي في عقود المعاوضة، أما في عقود التبرع فتسلب منه السلطة الأخيرة وهي زيادة التزامات الطرف الآخر، وذلك لعدم وجود مقابل في عقود التبرع، فتنحصر سلطته في إبطال العقد أو إنقاص المال المتبرع به.

نعرض فيما يلي سلطات القاضي الثلاث عند تحقق عيب الاستغلال، وهي إبطال العقد، وإنقاص التزامات المتعاقد ضحية الاستغلال، أو زيادة التزامات المتعاقد الآخر.

أ. إبطال العقد في القانون الكويتي:

منح المشرّع الكويتي سلطة إبطال العقد للقاضي إن تحقق عيب الاستغلال ولكنه قيده بأن يكون الإبطال بطلب من ضحية الاستغلال، فالقاضي لا يملك أن يحكم فيه من تلقاء نفسه فهي ليست قاعدة آمرة، كما لا يحق للطرف الآخر أن يطلب هذا الحكم، ولا يكون القاضي ملزم بإجابة طلب ضحية الاستغلال بإبطال العقد، فله أن يكتفي بتعديل التزامات أحد أطراف العقد، لأن القاضي في النهاية يرعى العدالة في إنزال هذا الحكم، فإن لم تكن به اتجه إلى السلطة الأخرى وهي التعديل، ويملك القاضي هذه السلطة في عقود المعاوضة والتبرع.

فالقاضي يخرج عن الأصل العام الذي تقضي به المادة (2/180) مدني كويتي، والتي تلزم القاضي بأن يحكم بإبطال العقد إن تمسك به من تقرر لمصلحته، فرفض القاضي لطلب ضحية الاستغلال بالإبطال هو استثناء عن القاعدة.

---

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 1986/472، هيئة عامة، تاريخ 1986/11/6م، منشورات مركز عدالة.

ب. إنقاص التزامات المتعاقد ضحية الاستغلال "المستغل":

لا يملك القاضي أن يرفض طلب ضحية الاستغلال بإنقاص التزاماته ويحكم بإبطال العقد، ففي هذه الحالة القاضي ملزم بإجابة طلب المغبون، وللقاضي أيضاً أن يحكم بإنقاص التزامات ضحية الاستغلال من تلاقاء نفسه إن كان ذلك من شأنه أن يزيل آثار الاستغلال، ويملك القاضي هذه السلطة في عقود المعاوضات وعقود التبرع أيضاً.

ويملك القاضي رفض طلب المتعاقد المغبون المتضمن إنقاص التزاماته وزيادة التزامات المتعاقد الآخر، إن رأى أن هذا الطلب لا يؤدي بالنهاية إلى العدالة.

ج. زيادة التزامات المتعاقد الآخر "المستغل":

يملك القاضي بجانب سلطته بإبطال العقد وأيضاً بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون، سلطة زيادة التزامات المتعاقد الآخر بطلب من المتعاقد المغبون[1]. وهذه السلطة تقتضي أن يكون العقد معاوضة، فلا محل لها في عقود التبرع.

وإن طلب المتعاقد المغبون زيادة التزامات المتعاقد الآخر لا يملك القاضي أن يقوم بإنقاص التزامات المغبون، فعليه أن يتقيد بطلب ضحية الاستغلال.

ولا يلزم القاضي بتحقيق التوازن العقدي عند تعديل الالتزامات بشكل كامل، فهذه مسألة تخضع بالنهاية إلى تقدير قاضي الموضوع، وعليه الأخذ بعين الاعتبار عند إعمال سلطته في التعديل الضوابط الواردة في المادتان (159، 160) مدني كويتي، وهي اعتبارات العدالة، وظروف الحال، وفي عقود التبرع عليه مراعاة الاعتبارات الإنسانية في حالة تعديل الالتزامات الناشئة عنها، فهذه العقود لها طبيعة خاصة لما تتضمنه من غايات إنسانية وإن كانت وليدة استغلال. "كما لو استغلت الزوجة الشابة هوى زوجها لها لتدفعه إلى إبرام عقد هبة إلى أولادها منه لتؤمن لهم ما يحتاجونه من مال لإعالتهم، فلا شك أن مثل هذا الهدف الإنساني يكون محل اعتداد من القاضي"[2].

إن مدة سقوط دعوى الاستغلال هي سنة من وقت إبرام العقد طبقاً لنص الماده الماده (161) مدني كويتي، وإن كان العقد أبرم نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية تسقط الدعوى خلال سنة تحتسب من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة الأدبية[3].

---

[1] وزيادة التزامات المتعاقد الآخر حكم مستحدث في القانون المدني الكويتي، استوحاه من المادة (42) مدني بولوني، ولم يكن له مقابل في قانون التجارة الملغي. أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص393.

[2] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص150.

[3] أما بالنسبة لباقي عيوب الإرادة الأخرى، أي الغلط والتدليس، فإن الدعوى بها تسقط ولا تقبل بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط أو التدليس.

وفي جميع الأحوال تسقط دعوى الاستغلال بمضي خمس عشرة سنة، ولو لم يزول أثر الهوى الجامح أو السطوة الأدبية وذلك إعمالاً لقاعدة التقادم الطويل، الذي يرمي بالنهاية إلى استقرار المعاملات[1].

ومدة السنة لا يطبق عليها أحكام الوقف والانقطاع لأنها مدة سقوط وليست تقادم، ويترتب على انقضائها الحكم بعدم قبول الدعوى[2].

2. أثر تدخل القاضي في العقد بسبب الغبن:

سأبحث في موقف المشرّعين الأردني والكويتي من هذه المسألة.

أ. موقف المشرّع الأردني من سلطة القاضي إزاء عيب الغبن:

تصدى المشرّع الأردني للغبن في مرحلة تكوين العقد، فبالنظر إلى المواد ذات الصلة، يتضح من نص المادة (145) أنه أعطى لمن لحقه غبن فاحش كان نتيجة تغرير أن يطلب من القاضي فسخ العقد.

ومعيار الغبن الفاحش ذكرته المادة (146) مدني أردني بأنه الغبن الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين، وهذا المعيار لا يشكل إطار محدد يمكن تحديد الغبن من خلاله على خلاف المشرّع الكويتي الذي حدد معيار الغبن الفاحش بما زاد عن الخمس عند إبرام العقد كما نصت عليه المادة (2/163) مدني[3].

واعترف المشرّع الأردني بالغبن اليسير وإن لم ينتج عن تغرير متى وقع على المحجور عليه لدين، أو المريض مرض الموت، وكان دينهما مستغرماً لما لهما، حسب ما ورد في المادة (147)، فعندما يكون موقوف على إزالة الغبن الواقع عليهما.

وأخذ المشرّع الأردني وكما هو في نص المادة (149) بالغبن الفاحش وإن لم ينجم عن تغرير أيضاً إذا وقع على المحجور وأموال الدولة وكذلك أموال الوقف.

واعترف المشرّع الأردني بالغبن في حالات متعددة إزاء بعض العقود ومنها ما ورد في المادة (1050) التي تقضي بأنه: "1. يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة وإعادتها عادلة، 2. وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة".

وأخذ المشرّع الأردني بالغبن الذي يصيب المتعاقد في عقد الشركة، حيث نصت المادة (588) على أنه: "لا يجوز أن يتفق الشركاء في العقد على أن يكون لأيهم قدر مقطوع من

---

[1] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص395.

[2] حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص1019.

[3] الخشروم، عبد الله، مرجع سابق، ص57-58.

الربح، ويبطل الشرط على أن يتم توزيع الربح طبقاً لحصة كل منهم في رأس المال"، وهذا ما يسمى بشرط الأسد، فهو يقضي بأن يستأثر أحد المتعاقدين أو بعضهم بالأرباح ويتحمل البقية من الشركاء الخسارة[1].

يتضح أن موقف المشرّع الأردني إزاء الغبن يقضي كما بين في نص المادة (145) أن يكون الغبن فاحشاً وينجم عن تغرير للاعتداد به، وهذا كأصل عام، وأورد بعض الاستثناءات يأخذ بها بالغبن اليسير أو الفاحش دون أن يقترن بالتغرير، مثل التغرير الواقع على، المحجور عليه لدين، أو المريض مرض الموت، وكان دينهما مستغرقاً لما لهما.

ب. موقف المشرّع الكويتي من سلطة القاضي إزاء عيب الغبن:

اشترط المشرّع الكويتي للاعتداد بالغبن أن يكون وليدة أحد عيوب الإرادة الأخرى كالإكراه أو الغلط أو التدليس أو الاستغلال، فالغبن المجرد لا يكون له تأثير في العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (162) مدني، وقضت بأن: "الغبن الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال لا يكون له تأثير على العقد، إلا في الأحوال الخاصة التي صرح بها القانون، ومع مراعاة ما تقضي به المواد التالية"، وهذا الحكم هو قاعدة عامة اعتنقها المشرّع.[2].

واعتد المشرّع الكويتي بالغبن الفاحش الذي لا يكون ناجم عن عيب من عيوب الإرادة المذكورة سابقاً متى ما كان المغبون الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو ناقص الأهلية أو عديمها، أو كان المغبون جهة وقف، وهذا ما نصت عليه المادة (1/163) ومفادها: "1. إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، أو لأحد من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة الوقف جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر، أو التزامه هو بما يرفع عنه الفحش في الغبن".

يتضح من نص المادة سالفة الذكر أن المشرّع الكويتي قد حصر الحالات التي يحق لها أن تطعن بالعقد على أساس الغبن دون اقترانه بأي عيب آخر، وهذا استثناء عن الأصل العام الذي تبناه المشرّع

ويظهر الفرق بين موقف المشرّع الكويتي في المادة (1/163)، والمشرّع الأردني في الماده (145) مدني، في أن الأول أعطى للمغبون حق طلب تعديل التزامات الطرف الآخر، أو تعديل التزاماته هو، في حين أن الثاني أعطى للمغبون أن يطلب فسخ العقد إن تحقق الغبن في العقد.

---

(1) الرشدان، محمود، مرجع سابق، ص235.

(2) عبد الرضا، والنكاس، مرجع سابق، ص210-211.

وباستقراء نص المادة (162، 163، 1/165) مدني كويتي، وتحليلها، يخلص الباحث إلى أن الشروط المطلوبة لإعمال سلطة القاضي إزاء عيب الغبن هي خمسة شروط:

الشرط الأول: أن يقع الغبن على أحد الأشخاص المذكورين في نص المادة (1/163) حصراً وهم الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو ناقصي الأهلية أو عديميها أو جهة وقف، وغير ما ذكر في هذه المادة لا يمكن لهم أن يطعنوا بالغبن على أساس الغبن المجرد.

الشرط الثاني: أن يكون الغبن الذي لحق الأشخاص المذكورين آنفاً مجرداً ولم يكن ناتجاً عن عيب من عيوب الإرادة، ذلك أن العيوب الأخرى تصلح لأن تكون سبب للطعن بالعقد لوحدها[1].

الشرط الثالث: أن يكون الغبن فاحشاً، والغبن الفاحش حددته المادة (2/163) بأنه إن زاد عن الخمس عند إبرام العقد، ويعتمد القاضي على هذا المعيار عند بحثه في قيمة العقد، وتعتبر هذه المسألة من مسائل الواقع متروكة لتقدير قاضي الموضوع[2].

فإن المشرّع عند وضعه هذا المعيار الثابت: "يريد التبسيط من جهة، ويتوخى – من جهة أخرى – التمشي مع مقتضيات العصر المتمثلة في اتساع وتنوع طبيعة المعقود عليه إلى حدود باتت لا تتناهى"[3]. ولا يلتفت القاضي إلى ما قد يطرأ على قيمة العقد بعد إبرامه سواء كان زيادة أو نقصان.

الشرط الرابع: ألا يكون العقد قد أبرم بطريق المزايدة أو المناقصة بما يقضي به القانون، وهذا ما نصت عليه المادة (165) بقولها: "لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة أو المناقصة، إذا كان ذلك قد حصل وفق ما يقضي به القانون". فإن تم إبرام العقد عن طريق المزايدة أو المناقصة فلا يحق للمغبون أن يطعن بالعقد على أساس الغبن وإن كان من ضمن الأشخاص الذين حددتهم المادة (1/163)[4].

الشرط الخامس: يجب أن يرفع المغبون دعوى الغبن خلال سنة واحدة، فإن رفعت بعد انقضاء المدة المحددة كان على القاضي أن يحكم بسقوطها، وهذا ما تنص عليه المادة (166) بأنه: "تسقط دعوى الغبن إذا لم ترفع خلال سنة، تبدأ بالنسبة إلى الدولة

---

(1) حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص1077.

(2) عبد الرضا والنكاس، مرجع سابق، ص121.

(3) المذكرة الإيضاحية على المادة (163)، مرجع سابق، ص68.

(4) حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص1078.

أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت إبرام العقد، وبالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها من تاريخ اكتمال الأهلية أو الموت، وعلى أية حال تسقط الدعوى بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد". وهذه السنة لا يرد عليها أحكام الوقف أو الانقطاع على اعتبار أنها مدة سقوط وليست مدة تقادم، فإذا تواجدت كافة الشروط السابقة ترتب أثر الغبن في العقد.

والسؤال الذي يثور في هذا المجال: ما مدى سلطة القاضي تجاه هذا الأثر؟

والماده (1/163) مدني كويتي قيدت سلطة القاضي إزاء الغبن حيث إشترطت أن يطلب المغبون تعديل العقد، وإن طلبه يكون التعديل على الفحش في الغبن فقط وليس بالغبن كله.

ولكن المشرّع الكويتي أجاز للغابن أن يتوقى أثر الغبن الفاحش الذي أصاب العقد بأن يطلب من المحكمة فسخه، إلا إن كان المغبون هو الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، فعندها لا يحق له أن يتقدم بهذا الطلب، وهذا مانصت عليه الماده (164) مدني كويتي.

وفيما يلي توضيح لسلطة القاضي إزاء هذه الخيارات.

1) خيار المغبون في طلب تعديل العقد:

متى ما توافرت الشروط المطلوبة لإعمال سلطة القاضي تجاه عيب الغبن، عندها كان للمغبون أن يطلب من القاضي أن يعدل التزاماته أو التزامات المتعاقد الآخر، بما يرفع الفحش في الغبن وليس كامل الغبن، "والأصل أن يقع التعديل على التزام الطرف الغابن، ما لم يطلب المغبون تعديل التزاماته هو، وإن كانت العدالة أو ظروف التعاقد تستوجب ذلك"[(1)]، والتعديل يعتبر من مسائل الواقع متروكة لقاضي الموضوع سواء كان التعديل بتحديد الالتزام أو قدر التعديل، ويتقيد القاضي في التعديل على أن يزيل الفحش في الغبن، وهذا ما نص عليه المشرّع في المادة (1/163) مدني، فلا يحق للمغبون أن يطلب إبطال العقد أو فسخه[(2)].

2) خيار المتعاقد مع المغبون في توقي تعديل العقد بطلب فسخه:

إن إعمال القاضي لسلطته في تعديل الالتزامات الناشئة عن العقد نظراً لإصابته بالغبن قد يلحق بالمتعاقد الآخر أضراراً جسيمة، لذلك أعطى المشرّع المتعاقد الآخر حق طلب فسخ العقد توقياً للتعديل المترتب على الغبن، ومنعه المشرّع من هذا الحق إن كان المغبون هو الدولة

---

(1) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص210.

(2) حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص1080.

أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، وهذا ما نصت عليه المادة (164) مدني "لما قد يترتب عليه من تعطيل المصلحة، وهي أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة"[1].

فإن كان المغبون هو الدولة، أو الأشخاص الاعتبارية العامة، أو عديمي الأهلية أو ناقصيها، أو كان جهة وقف، له "أن يطلب من القاضي تعديل مقابل أدائه، وهو التزام الطرف الآخر، أو تعديل التزامه هو بها يرفع عنه، لآكل الغبن، وإنما فقط الفحش فيه"[2]، فإن الدعوى التي يرفعها تتضمن تعديل الالتزامات بما يزيل الفحش في الغبن وليس كامل الغبن، وتقدير الفحش متروك لتقدير قاضي الموضوع.

وفيما يتعلق بسلطة القاضي في الحالات الخاصة التي صرّح بها المشرّع الكويتي بشأن أثر الغبن:

أ. تكون الوكالة تبرعية، فإن اتفق الأطراف على أجر يخضع هذا الأجر لتقدير قاضي الموضوع وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة ومن غير تحديد لمقدار الغبن، ودون اتباع طرق معينة لإزالته أو إنقاصه، وإن دفع الموكل أمر الوكالة طوعاً بعد تنفيذ العمل الموكل فيه الوكيل يعدّ ذلك قرينة على عدم تمسك الموكل بحقه في طلب مراجعة مقدار الأجر، وهذا مانصت عليه الماده (711) مدني كويتي.

ب. وأعطى المشرّع الكويتي في الماده (2/832) مدني، القاضي سلطة إبطال عقد القسمة الاتفاقية إن طلبه المتقاسم وكان الغبن فاحشاً، وينظر إليه وقت القسمة، فسلطة القاضي محددة بالإبطال دون أن تمتد إلى تعديل التزامات أحد الأطراف، وللمتعاقد الآخر أن يمنع إبطال العقد إن أكمل للمتقاسم المغبون حقه عيناً أو نقداً.

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص89.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص89.

المطلب الثاني: تدخل القاضي في تحقيق عدالة التصحيح بشأن العقد الباطل:

نتناول في هذا المطلب تعريف العقد الباطل وبيان حالاته، وبعدها نتطرق إلى أثر تدخل القاضي لتصحيح العقد الباطل، وسأبحث هذه الحالات في فرعين.

الفرع الأول: معنى العقد الباطل وحالاته:

تناول المشرّع الأردني أحكام العقد الباطل في المادتين (168، 169) مدني، ونظمه المشرّع الكويتي في المواد (من 184 إلى 192) مدني.

وعرفت المادة (168) مدني أردني العقد الباطل بأنه: "ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة".

ويكون العقد باطل إن انعدم ركنه وهو التراضي أو اختل أحد شروط صحته التي استوجب المشرّع توافرها، وعلى ذلك يكون العقد باطل في الحالات التالية: "1. عدم توافر ركن من أركان العقد، كانعدام التراضي بسبب انعدام الإرادة مطلقاً، كما في عقد المجنون، والصغير غير المميز، أو انعدام التطابق بين إرادتي العاقدين بسبب غلط مانع من التعاقد، أو بسبب انعدام المحل أو السبب أو الشكل في العقود الشكلية، 2. اختلال ركن من أركان العقد بسبب غياب شرط من شروطه أو مخالفته للنظام العام والآداب، كما لو كان المحل مستحيلاً أو غير معين أو غير مشروع، أو إذا كان السبب غير مشروع، 3. وجود نص قانوني يقرر البطلان في حالة خاصة مراعاة لاعتبارات يقدرها المشرّع، كما في حالة عدم تحديد مدة في الوعد بالتعاقد، حيث يترتب عليه بطلان عقد الوعد"[1].

إن كان العقد باطل يحق لكل ذي أن يتمسك ببطلانه، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وهذا ما نصت عليه المادة (2/168) مدني أردني بقولها: "2. ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها"، وأيضاً الماده (184) مدني كويتي: " العقد الباطل لا ينتج أي اثر ، ويجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ".

ولكن إن كان العقد باطل، ما سلطة القاضي في تصحيحه؟ هذا ما سنبينه في الفرع الثاني.

---

[1] السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص200.

الفرع الثاني: أثر تدخل القاضي في تصحيح العقد الباطل:

يعد العقد الباطل عقداً منعدماً في الأصل، والعدم لا يمكن بث الروح فيه، **"فالعدم لا يمكن بعثه"**[1].

ولكن، هل من طريق قانوني يمكن سلوكه لتحويل العقد الباطل بكامله إلى صحيح، أو على الأقل هل يمكن تحويل جزء منه إلى صحيح؟

العقد قد يحتوي على بنود صحيحة وكذلك بنود باطلة كمخالفتها للنظام العام على سبيل المثال، كما قد يرد العقد الباطل على شيئين، مثل أن يباع خمر وساعة بعقد بيع واحد، فهل للقاضي في هذه الحالة أن يتدخل؟ وإن تدخل هل له أن يقضي ببطلان البنود المخالفة للنظام العام؟ وهل له أن يبطل شق في العقد ويقضي بصحة الشق الآخر ورد العقد على محلين؟ أم البطلان يحيط بكامل العقد فلا يمكن تجزئته؟

للإجابة على هذه التساؤلات سأبحث في سلطة القاضي تجاه تصحيح العقد الباطل وفقاً لنظرية انتقاص العقد ونظرية تحول العقد، مع بيان موقف كل من المشرعين الأردني والكويتي منهما.

أولاً: سلطة القاضي في تعديل العقد الباطل وسلطته في إنقاصه:

تفترض نظرية إنقاص العقد وجود تصرف قانوني باطل في شق منه وصحيح في شقه الآخر، فالسؤال هنا هل من الممكن أن يعمل الشق الصحيح ويبطل الباطل؟ أو أن الشق الباطل يمتد إلى الصحيح فيشوبه أيضاً بالبطلان؟[2].

المستقر عليه تشريعاً وفقهاً وقضاءً هو أن الشق الباطل يزال ويبقى الشق الصحيح في التصرف، مع مراعاة أن هذه الحالة تكون في التصرف القابل للانقسام، وإن كان التصرف غير قابل للانقسام كما لو كان الشق الباطل محل اعتبار ولولاه لما أبرم العقد، عندها يلحق البطلان بالتصرف كله[3].

وأخذ المشرّع الأردني بهذه النظرية، حيث استقاها من الفقه الإسلامي، ولم يساير التشريعات العربية الأخرى التي استقتها من الفقه والقانون الغربي[4]، فقد نصت المادة (169)

---

[1] سلطان، أنور، مرجع سابق، ص142.

[2] انظر تفصيلاً: الشكري، إيمان ومحسن، منصور (2013). تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الرافدين، العراق، جامعة الموصل، العدد الثالث، السنة الثانية عشرة، ص13 ومابعدها.

[3] السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص205.

[4] السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص204- 205.

مدني أردني على أنه: "1. إذا كان العقد في شق منه باطل بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي، 2. وإذا كان العقد في شق منه موقوفاً، توقف في الموقوف على الإجازة، فإن أجزي نفذ العقد كله، وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته"[1].

يلاحظ على المشرّع الأردني أنه أخذ بنظرية إنقاص العقد في حالة بطلان العقد وتوقفه، والمعيار الذي اعتمد عليه المشرّع الأردني معيار موضوعي، يقوم على تحديد العوض لكل شق في العقد، سواء كان الشق باطل أو موقوف[2]، في حين أن المشرّع الكويتي أخذ بالمعيار الذاتي الذي يقوم على البحث في نية المتعاقدين والتأكد من أن إرادتهم كانت متجهة إلى إبرام العقد حتى لو كان باطلاً في شق منه أو لا، ففي الحالة الأولى من الممكن إنقاص العقد، أما الحالة الثانية فيكون العقد كله باطل[3]، والحالة الثانية تكون عندما يعدّ الشق الباطل هو الباعث على التعاقد، فالمقصود هنا هو حماية مبدأ الحرية التعاقدية[4].

ونظرية الانتقاص لها سند في القاعدة الكلية "وما لا يدرك كله لا يترك جله"[5]، وعمل بها في المذهب الحنفي برأي الصاحبين[6].

وأخذت محكمة التمييز الأردنية بفكرة الانتقاص، ومن قراراتها أن "من المبادئ التي انعقد عليها إجماع الفقه والقضاء ن التحكيم، إن كان يقبل التجزئة بطبيعته، سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الأطراف، وظهر أن شقاً منه باطل فإن البطلان ينحصر في هذا الشق ولا يمتد إلى الشق الآخر"[7].

وقد يقوم القاضي بتجزئة العقد وتقرير بطلان الجزء الباطل من تلقاء نفسه دون الرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك عندما يخالف شرط في العقد القواعد الآمرة[8]، ومن هذه الحالات ما نص عليه القانون المدني الأردني في المادة (671) بأنه: "يجب أن تكون مدة

---

(1) وفي ذات النص انظر: المادة (190) مدني كويتي.

(2) سوار، محمد وحيد الدين (1992). سلطة القاضي في تعديل العقود، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين، العدد (1-3)، ص122-123.

(3) عبد الرضا، والنكاس، مرجع سابق، ص152.

(4) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص352.

(5) السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص206.

(6) السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص206.

(7) تمييز حقوق رقم 2006/2403، تاريخ 2006/12/19م، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة.

(8) دسوقي، رأفت (2012). تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، ص65.

الإجارة معلومة ولا يجوز أن تتجاوز ثلاثين عاماً، فإذا عقدت لمدة أطول ردت إلى ثلاثين عاماً"، وكذلك المادة (806) التي تقضي بأنه: "ولا يجوز أن تتجاوز مدته خمس سنوات فإذا عقد لمدة أطول ردت إلى خمس".

تجدر الإشارة أن القاضي عندما يمارس سلطته في البحث بتوافر شروط إنقاص العقد فإن عليه بعد التأكد منها أن يقوم ببتر الجزء الباطل وإبقاء الجزء الصحيح، فهي مزيج من رخصة وواجب يقضي إعمال القاضي للنصوص القانونية، فهو بالنهاية يقوم بواجبه القانوني(1).

يلتقي نظام التعديل مع نظام الإنقاص في أن كلاهما يرد على العقد بعد إنشائه، كما أنهما بقصد آثار العقد، بحيث يجعل الآثار مختلفة أو أقل عن ما كانت عليه، والإنقاص صورة من صور التعديل الذي يمارسه القاضي في العقود، إذ يسمى "الإنقاص بالتعديل" فكل منهما مرتبط بالآخر(2).

ولكن هناك بعض الاختلاف بين النظامين، فبينما التعديل يستهدف تحقيق العدالة التعاقدية من خلال التوازن الذي يحدثه القاضي في الالتزامات المتقابلة الناشئة عن العقد، نرى أن الانتقاص يستهدف تصحيح التصرف القانوني الذي أتى جزء منه معيب بالبطلان.

وكذلك التعديل لا يكون إلا على العقود الصحيحة بينما يقتصر الإنقاص على العقود التي يلحق البطلان جزء منها(3).

يتسم نظام الانتقاص بأنه يتماشى مع إرادة المتعاقدين فلا يكون إلا بإرادتهم، وإن كانت هناك استثناءات يكون الانتقاص فيها استجابة لأمر المشرّع كمخالفة القواعد الآمرة، بينما التعديل نظام واجب التطبيق دون النظر لإرادة المتعاقدين(4).

وأيضاً يختلف نظام التعديل عن الانتقاص بأن الأول يتمتع به القاضي بسلطة واسعة، بينما الثاني تقتصر فيه سلطة القاضي ببتر الشق الباطل فقط أو إسقاطه.

ثانياً: سلطة القاضي في تعديل العقد الباطل وسلطته في تحوله إلى عقد صحيح:

"الأصل أن العقد الباطل لا ينتج أي أثر من الآثار التي رتبها القانون على العقد الصحيح، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن العقد الباطل الذي لا يستطيع أن يحقق الغرض العملي

---

(1) دسوقي، رأفت، مرجع سابق، ص80.

(2) الشكري، إيمان ومحسن، منصور، مرجع سابق، ص125-126.

(3) دسوقي، رأفت، مرجع سابق، ص87.

(4) الشكري، إيمان ومحسن، منصور، مرجع سابق، ص11.

الذي يستهدفه الطرفان يمكن أن تترتب عليه – باعتباره واقعة تمت – آثار تختلف عن الآثار التي كان ينتجها العقد لو كان صحيحاً، لهذا أنشأ المشرّع نظام تحول العقد"[1].

يعرف تحول العقد بأنه استبدال عقد جديد صحيح بعقد آخر باطل، فقد يبرم الأطراف عقد يعتريه البطلان فإن كان يتضمن أركان عقد آخر عندها يتحول العقد الباطل إلى العقد الذي تضمن أركانه متى تبين أن المتعاقدين قد قصدوه لو علما ببطلان العقد الذي أبرماه، فعندها يتحول العقد من باطل إلى صحيح[2].

وأخذ المشرّع الكويتي بنظرية تحول العقد في المادة (191) مدني، حيث نصت بأنه: "إذا بطل العقد أو أبطل، وأمكن أن تستخلص منه الأركان اللازمة لعقد آخر غيره، قام هذا العقد الآخر، ويعتبر الرضاء بالعقد الذي يصير التحول إليه متوافراً إذا تبين أن المتعاقدين كانا يريدانه، لو علما ببطلان العقد الذي قصدا في الأصل إبرامه".

والسؤال هنا: ما سلطة القاضي في تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح؟

من استقراء نص المادة أعلاه، يتضح أن هناك شروط موضوعية وأخرى شخصية وإجرائية تحول العقد.

1. الشروط الموضوعية:

لتحول العقد هناك شرطان موضوعيان:

أ. أن يكون العقد باطل أو قابل للإبطال:

1) **العقد الباطل**: يشترط أن يكون العقد باطل، فإن كان منعدماً فلا مجال لتحول العقد، ويجب أن يكون البطلان كلياً بأن يحيط بكامل العقد، فإن كان باطل بجزء منه فلا تحول، بل انتقاص، والفرق بين التحول والبطلان الجزئي أن الأول يؤدي إلى تغيير العقد إلى آخر صحيح، بينما الثاني يبتر ما بطل منه ويبقيه كما هو[3].

2) **العقد القابل للإبطال**: يمكن تحول العقد القابل للإبطال، ولكن في حال لم يحكم بإبطاله يختلف الأمر، إذ اختلف في مدى جواز تحوله، ولكن القانون صريح في جواز تحول العقد القابل للإبطال[4].

---

[1] حجازي، عبد الحي (1402 هـ - 1982م)، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص1085.

[2] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص355-356.

[3] حجازي، عبد الحي، النظرية العامة للالتزام، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص1086.

[4] حجازي، عبدالحي، مرجع سابق، ص1086.

2. الشروط الشخصية:

يجب أن يتأكد القاضي بأن نية المتعاقدين كانت تريد العقد الآخر لو علما ببطلان العقد الذي أبرماه، والنية المقصودة هنا هي النية المفترضة وليست الفعلية، الصريحة أو الضمنية، وعليه فلا يلزم أحد الأطراف أن يثبت بأن النية انصرفت احتياطياً لإبرام عقد آخر غير الباطل، بل يكفي إثبات أن الأطراف اختارا العقد الآخر لو بطل العقد الذي أبرمها[1].

3. الشروط الإجرائية:

إن تحول العقد يكون بطلب من أطراف العقد، فلا يملك القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، في حين أن هناك من يرى أن التحول يحقق تلقائياً طالما أنه يكون استجابة لإرادة القانون الذي يتطلب من القاضي البحث عن نية المتعاقدين المشتركة[2].

إذا توافرت الشروط السابقة، فإن التحول لا يكون بإرادة المتعاقدين الحقيقية، بل بالنظر إلى الإرادة المحتملة أو المفترضة.[3]

إذاً فالعقد الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين الحقيقية يتحول إلى عقد جديد تقدمه إرادة القاضي التي تحل محل إرادة المتعاقدين.

إن تحول العقد الباطل إلى آخر صحيح، يكون وفقاً لسلطة القاضي التقديرية في هذا الجانب، فهي تختلف عن سلطته في إنقاص العقد، ففي الحالة الأولى تحل إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين في إنشاء عقد جديد يختلف عندما اتجهت إليه إرادتهم الحقيقية، أما في انتقاص العقد تكون سلطته في بتر الشق الباطل في العقد والإبقاء على الشق الصحيح نافذ، إذا يملك القاضي سلطة أوسع في الحالة الأولى، علاوة على أن انتقاص العقد يختلف عن تحول العقد في أن الأخير لا يؤدي إلى تغيير وصف العقد أو تكييفه بل بالعكس هو إعطاءه الوصف المناسب له، فالقاضي عموماً لا يتقيد بالوصف القانوني الذي يحدده أطراف العقد، بل يبحث عن التكييف الصحيح بالنظر إلى العناصر التي يتكون منها العقد، للوقوف على النية المشتركة للأطراف، ليعطي العقد الوصف القانوني السليم، وهذه المسائل من اختصاص قاضي الموضوع.

ويعتبر التكييف من مسائل القانوني التي يخضع قاضي الموضوع فيها لرقابة محكمة التمييز.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الأردني لم يأخذ بنظرية تحول العقد في حال بطلان العقد صراحةً ولكن ليس هناك ما يمنع من الأخذ بها لسببين:

---

(1) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص357.

(2) حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص1087.

(3) عبد الرضا والنكاس، مرجع سابق، ص154.

الأول: النظرية أخذ بها الفقه الإسلامي في بعض التطبيقات، والفقه الإسلامي وفقاً للمادة (2/2) مدني أردني يعتبر المصدر الرسمي الاحتياطي الأول[1].

الثاني: لا يمنع إعمال القاضي لسلطته في هذا الشأن متى ما تحققت الشروط المذكورة سابقاً.

---

[1] سلطان، أنور مرجع سابق، ص169.

الفصل الثاني

سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء مراحل تنفيذه

تحدثنا فيما سبق عن سلطة القاضي في إعادة التوازن بين أطراف العقد أثناء مرحلة إبرامه، بما يحقق العدالة في العلاقة التعاقدية، وسنتحدث في هذا الفصل عن سلطة القاضي في تحقيق ذات العدالة ولكن في مراحل تنفيذ العقد، فالمشرّع منح القاضي حق النظر في الالتزامات الناشئة عن العقد والعمل على تحقيق التوازن بين أطرافه سواء في مرحلة الإبرام أو مراحل التنفيذ، وهذه السلطة تكون محكومة بقواعد العدالة وظروف الحال.

وتطبيقات سلطة القاضي في هذه المرحلة متعددة، فقد يتدخل القاضي لتعديل مضمون العقد إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة أو لمواجهة الشروط المجحفة، وقد يتدخل أيضاً لتحقيق فاعلية تنفيذ العقد مثل منح الأجل القضائي وسلطته إزاء المقاصة القضائية والغرامة التهديدية، وكذلك تدخله عند وجود شرط فاسخ صريح وعند تفسير العقد.

وبناءً على ما سبق، سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين، هما:

المبحث الأول: صور تدخل القاضي في تعديل مضمون العقد في مراحل تنفيذه.

المبحث الثاني: صور تدخل القاضي لتحقيق فاعلية تنفيذ العقد بين المتعاقدين.

المبحث الأول

صور تدخل القاضي في تعديل مضمون العقد في مراحل تنفيذه

إن سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد تجد لها تطبيقاً مهماً في حالة الظروف الطارئة، وكذلك بسبب الشروط المجحفة الواردة في العقد، لذلك سأبحث هاتين الحالتين في مطلبين، هما:

المطلب الأول: تدخل القاضي بسبب الظروف الطارئة.

المطلب الثاني: تدخل القاضي بسبب الشروط المجحفة في العقد.

وسأبحث هذين المطلبين تباعاً.

المطلب الأول: تدخل القاضي بسبب الظروف الطارئة:

حافظت القوانين المدنية على سلامة تنفيذ العقد كما اتفق عليه الأطراف، وذلك استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وعند ظهور نظرية الظروف الطارئة شكلت خروجاً على هذه المبادئ المسلم بها في هذه القوانين التي وقفت مترددة بين الأخذ بها وتركها، ولكن دور أنصار النظرية في تقديم الحجج والأسانيد الإنسانية منها والقانونية، أفضى بالنهاية إلى الأخذ بالنظرية(1).

وأحاط المشرّعان الأردني والكويتي تطبيق هذه النظرية بشروط وأحكام معينة، وسيتطرق الباحث لهذه الشروط والأحكام بالقدر المفيد والضروري للوقوف على السلطة التقديرية للقاضي في التعديل على العقد بسبب نظرية الظروف الطارئة، لذا سأقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ أتناول في الفرع الأول مفهوم نظرية الظروف الطارئة، وأتناول في الفرع الثاني مظاهر تدخل القاضي في العقد بسبب الظروف الطارئة.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة:

الأصل أن العقد ملزم لأطرافه، فلا يجوز لأحدهم أن ينفرد بنقض العقد أو تعديله دون اتفاق سابق، وكذلك فإن القاضي لا يحق له أن يعد في العقد أو ينقضه، فوظيفته محصورة في تفسير العقد بالنظر إلى نية المتعاقدين المشتركة، ولكن المشرّع آثر أن يخرج عن هذا الأل لهدف أسمى وهو اعتبارات العدالة والصالح العام بقصد تلطيف أو تخفيف الشروط العقدية،

---

(1) السلايطة، غازي، مرجع سابق، ص137.

ومن أمثلة هذا الخروج هو سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة[1]. فما هو تعريف الظروف الطارئة، وما الشروط التي يجب توافرها لتطبيق أحكامها؟

أولاً: تعريف الظروف الطارئة:

هي ظروف وأحداث استثنائية لم تكن في الحسبان وغير متوقعة، تطرأ فجأة على الاتفاق في الفترة ما بين إبرام العقد وتنفيذه، وتجعل التزام أحد المتعاقدين مرهقاً لأسباب خارجة عن إرادته لا دخل له فيها كالظروف الطبيعية من إعصار وفيضانات أو زلزال، وفي العادة يكون محل إعمال فكرة الظروف الطارئة العقود المتراخية في تنفيذها إما لدخول المدة عنصراً فيها أو بطبيعة العقد ذاته، ومن ذلك عقود الإيجار، والمقاولة، والتوريد، والبيع إذا كان التنفيذ متراخياً لأجل معين[2].

ذكر المشرّع الأردني أحكام هذه النظرية في المادة (205)، حيث نصت بأنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقيعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ونص المشرّع الكويتي على هذه النظرية في المادة (198) مدني، حيث قالت: "إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ثانياً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة اشترط المشرّعان الأردني والكويتي ثلاثة شروط، يمكن استخلاصها من نص المادتين (205) مدني أردني و (198) مدني كويتي، الأول يتعلق بالعقد، والثاني بالظرف أو الحادث، والثالث بأثر هذا الظرف، وهي[3]:

1. أن يوجد التزام تعاقدي متراضي التنفيذ.

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق (1998). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة منقحة ومزيدة، ص699.

[2] الديب، هبة، مرجع سابق، ص67.

[3] اليوسف، سمير، مرجع سابق، ص28.

2. أن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام.
3. أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى إرهاق المدين.

الشرط الأول: أن يكون العقد متراخياً في تنفيذه:

والمقصود هنا بتراخي التنفيذ هو أن تكون هناك فترة زمنية بين إبرام العقد وتنفيذه، فتطبيق النظرية يقتضي أن لا يكون الالتزام قد نفذ وقت حدوث الظرف الطارئ، والتراخي في التنفيذ قد يكون سببه طبيعة العقد ذاته كالعقود الزمنية أو الدورية أو المستمرة، كعقد الإيجار، والعمل، والتوريد، وقد يكون العقد فوري ولكن لم يتم تنفيذ الالتزام بعد وذلك لاتفاق الأطراف على إرجائه[1].

والتراضي في العقود الفورية يجب أن يكون باتفاق الطرفين، فإن كان سبب التراخي عائداً للمدين نتيجة تقصيره وإهماله، فلا يستفيد من تطبيق النظرية، ذلك أن المهمل أولى بالخسارة، وهذه النظرية لا تمتد إلى العقود الاحتمالية فهي محصورة بالعقود المحددة، والسبب هو لما تنطوي عليه هذه العقود – أي الاحتمالية – من مجازفة ومغامرة قد تلحق بالمتعاقد خسارة كبيرة وقد تلحق به ربح فاحش، ولا تنصرف أيضاً إلى عقود القرض، لأن التزام المدين يكون بمقدار عددها المذكور في العقد دون أن يكون للارتفاع والانخفاض على هذه العقود أي أثر[2].

الشرط الثاني: أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ:

يعرف الحادث الاستثنائي: "الأمر الذي يندر حدوثه فهو أمر غير متوقع بحسب المألوف في الحياة"[3]، وذلك كحدوث زلزال، أو إعصار، أو صدور قانون يفرض تسعيرة معينة أو يلغي تسعيرة قائمة، أو بسبب ظروف اقتصادية معينة.

يجب أن يتسم الحادث الاستثنائي بالعموم، بحيث لا يكون المتأثر فيه المدين فقط، فعندما يمرض المدين فلا يعتبر ذلك حادث استثنائي لأنه ليس عاماً، ولم يشمل مجموعة من الأفراد[4].

والظروف الخاصة بالمدين لا يعتد بها لتجنب الغش الذي من الممكن أن يصدر منه، كادعائه خلاف الحقيقة، وتقدير هذا الأمر متروك لقاضي الموضوع[5].

---

[1] اليوسف، سمير عثمان (2012). نظرية الظروف الطارئة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، ص27.

[2] الديب، هبة، مرجع سابق، ص34؛ ونزهة، سواسي، مرجع سابق، ص19.

[3] أبو السعود، رمضان (2006). مصادر الالتزام، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص225.

[4] سلطان، أنور، مرجع سابق، ص246.

[5] سلطح، حمدي، مرجع سلبق، ص248؛ ونزهة، سواسي، مرجع سابق، ص20.

والحادث الاستثنائي يجب أن يكون عاماً، والعموم ليس الدولة كاملة أو الشعب كامل، بل يكفي لقيام هذا الشرط أن يتأثر بالحادث مجموعة من الأشخاص، أو إقليم معين، أو أهل حرفة معينة، ويجب أني كون هذا الحادث لا يمكن دفعه، فعلى المدين أن يتفادى جميع الحوادث التي تمنعه من الوفاء بالتزاماته بقدر المستطاع. "فمثلاً انقطاع المواصلات انقطاعاً عارضاً قد يمكن التغلب عليه برجوع المواصلات سريعاً إلى ما كانت عليه أو باستعمال طرق أخرى للنقل"[(1)].

ومن شروط تطبيق النظرية أن الحادث يجب أن لا يكون متوقعاً عند إبرام العقد ولم يكن في الإمكان توقعه، والمعيار هنا معيار موضوعي، فينظر إلى الحادث من منظور الشخص المعتاد، فإن تبين أن الحادث كان متوقعاً عن إبرام العقد ويمكن دفعه، عندها لا يمكن أن تطبق النظرية[(2)].

الشرط الثالث: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً:

ويتعلق هذا الشرط بأثر الظروف الطارئة على العلاقة العقدية بين الأطراف، فالحادث الاستثنائي أدى إلى جعل الالتزام مرهقاً وإن لم يكن مستحيلاً. "وفي هذا يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة، لأنه إذا كان الجامع بينهما هو صفة المفاجأة، إلا أن الفرق بينهما هو أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً"[(3)]، واستحالة التنفيذ تؤدي إلى انقضاء الالتزام[(4)]. أما الظروف الطارئة فالالتزام فيها يكون مرهق للمدين، والجزاء هو رد الالتزام إلى الحد المعقول[(5)].

ويقاس الإرهاق بمعيار موضوعي بالنظر إلى قيمة الصفقة التي أبرمت، والبحث في مدى الإرهاق الذي لحق بالمدين، ذلك أن الإرهاق الذي يعتد به هو الإرهاق الشديد الذي يتعدى الخسارة المألوفة، والنظر في مدى تحقق الإرهاق يكون وفق مقدار الصفقة دون النظر في الظروف الخاصة للمدين[(6)].

ويعتد بالإرهاق وإن كان المدين ذو ملاءمة مالية لا تتأثر بهذا الحادث الاستثنائي، فإذا التزم تاجر بتوريد القمح ثم ارتفع سعر القمح لحادث طارئ أضعاف مضاعفة، جاز له أن

---

(1) نزهة، سواسي، مرجع سابق، ص21.

(2) السلايطة، غازي، مرجع سابق، ص142.

(3) نزهة، سواسي، مرجع سابق، ص21.

(4) انظر: المادة (448) مدني أردني.

(5) السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص304.

(6) اليوسف، سمير، مرجع سابق، ص48.

يتمسك بنظرية الظروف الطارئة حتى ولو كان قد قام بتخزين كميات كبيرة منها دون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح، أما الكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لغو السعر فيكون له هو ولا شأن للدائن به[1].

إن الخسارة غير المألوفة تكون متحققة إن نظرنا إلى الصفقة وتأثيرها على الشخص العادي، فمعيار الإرهاق معيار موضوعي بالنسبة إلى الصفقة وليس ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين.

وتطبيقاً لما سبق، قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "طلب تعديل الالتزام إلى الحد العادل يكون أثناء التنفيذ وفقاً لما تقضي به المادتان (204 و 205) من القانون المدني، إذ إن المادة (205) تشير للحوادث الاستثنائية العامة التي قد تطرأ أثناء تنفيذ الالتزام ولم يكن في الوسع توقعها وتجعل الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة فيطلب من المحكمة رده إلى الحد المعقول"[2].

وقضت في حكم آخر: "حددت المادة (205) من القانون المدني ضوابط الظروف الطارئة بما يلي:

1. أن يكون الحادث استثنائياً عاماً.
2. ألا يكون في الوسع توقع هذا الحادث.
3. أن يترتب على هاذ الظرف إرهاق المدين وإن لم يصبح التنفيذ مستحيلاً.
4. أن يكون العقد متراخياً في التنفيذ.

وفي هذا السياق لا ترى محكمة التمييز في ظروف الانتفاضة التي مرت بها الضفة الغربية ما ينبئ في اعتبارها ظروف طارئة ذلك أن هذه الظروف متوقعة ولا يرد القول عدم إمكانية توقعها، كما ذهب إليه الطاعن لطالما أن ظروف الضفة الغربية تتصل بأسباب قديمة يعلم بها الطاعن، وحيث نجد أن محكمة الاستئناف قد توصلت لذات النتيجة واعتبرت ظروف الضفة الغربية لا ينطبق عليها وصف الظروف الطارئة"[3]، كذلك قضت: "وبأنه لم ترد أية بينة تنبئ بتأثر تنفيذ التزام المدعى عليه بأحداث أيلول في أمريكا) الأمر الذي يجعل من استخلاص محكمة الاستئناف حول عدم قيام الدفع سالف الذكر استخلاصاً سائغاً ومقبولاً وبأن قرارها حول ذلك واقعاً في محله ويتفق مع القانون"[4].

---

[1] الديب، هبة، مرجع سابق، ص46.

[2] تمييز حقوق رقم 2010/590، تاريخ 2010/4/27، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة.

[3] تمييز حقوق رقم 2005/3534 تاريخ 2006/3/9م، منشورات مركز عدالة.

[4] تمييز حقوق رقم 2007/1671، تاريخ 2008/1/20م، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة.

ومن أحكام محكمة التمييز الكويتية في هذا الشأن ما قضت به من أنه: "يستفاد من أحكام المادة (198) من القانون المدني أنها لا تطبق إلا عندما يكون الحادث الاستثنائي العام قد طرأ خلال فترة من الزمن تفصل بين إبرام العقد وتنفيذ الالتزام الذي رتبه، فإن كان الالتزام قد نفذ فلا مجال للقول بانطباق نظرية الحوادث الاستثنائية، وعلهي فلا يطبق حكم المادة المذكورة إلا إذا نفذ الالتزام قبل إقامة دعوى المطالبة بالتعويض عن الخسارة التي لحقت بالمتعهد من جرّاء الظروف الطارئة بتخفيض سعر الدينار"[1].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في ظل تحقق الظروف الطارئة:

إن المشرّع لا يمكنه أن يحيط بكافة المسائل المتوقع حدوثها في المستقبل، ولا يمكنه أن يضمن النص جميع الفرضيات، فهو قد وكل تحقيق العدالة للمحكمة، فكل قاضي يستقل بفهمه الشخصي لهذه العبارة التي تتسم بالغموض وعدم الوضوح، فيظهر على أثر ذلك سلطة القاضي الواسعة في تحديد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

إن القاضي في نظرية الظروف الطارئة موقفة يتعدى دوره الأصيل في تطبيق ما اشتمل عليه العقد وتفسيره إلى تغيير العقد ذاته، من خلال التحقق من توافر شروط النظرية وهي التأكد من وقوع حادث استثنائي عام، لم يكن في الوسع توقعه، والتحقق من أن الحادث جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، بعد ذلك للقاضي أن يختار الطريقة المناسبة بعد موازنة مصلحة الطرفين لرد الالتزام للحد المعقول.

لذا، لا بدّ لنا من بيان الضوابط التي تحكم سلطة القاضي، ومن ثم بيان ما يدخل في نطاق سلطة القاضي التقديرية وما يخرج عنها.

أولاً: الضوابط التي تحكم سلطة القاضي:

إن المشرّعان الأردني والكويتي قد قدرا ما ينجم عن الظروف الاستثنائية من آثار تضر المدين وتنتهك العدالة، فمنحى لهذا السبب القاضي سلطة لإعادة التوازن بين الطرفين، ولكن المشرّعان لم يطلقا يد القاضي بهذه السلطة الممنوحة له بل قيدا تطبيقها بضوابط تضمن استخدامها في نطاق غاية المشرّع، فعندما يبحث القاضي في مدى توافر شروط تطبيق النظرية يكون قصد بالضوابط الذي يتطلبها النص القانوني، وبعد التأكد من توافرها، يظهر ضابط آخر يحكم القاضي في تحديد التعديل الذي يقوم به إعمالاً للنظرية.

---

[1] تمييز في الطعن رقم 1982/1013، تاريخ 1983/6/30م، منشورات جمعية المحامين الكويتية، العدد العاشر، ص118.

وهذه الضوابط يمكن ردّها إلى[1]:

1. مراعاة الظروف المحيطة بالقضية.
2. الموازنة بين مصلحة الطرفين.
3. الحد المعقول لرد الالتزام المرهق.

وسأبحث هذه الضوابط تباعاً.

1. مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية:

يظهر تقييد المشرّعان الأردني والكويتي لسلطة القاضي في المادة (205) مدني أردني، والمادة (198) مدني كويتي، في "أنه يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعاً للظروف الطارئة"، فسلطة القاضي تبعاً للظروف الطارئة وبسببها لمعالجة آثار هذه الظروف على الالتزام، فعليه – أي القاضي – أن يراعي الظروف التي أحاطت بالقضية عند تطبيق النظرية، فهو لا يملك تعديل الالتزام إذا ما تبين أن الظرف الطارئ كان وقتياً متوقع زواله في وقت قصير[2].

2. قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين:

هذا الضابط يهدف إلى تقسيم آثار الحادث الاستثنائي على طرفي الالتزام، وهذا القصد من تطبيق النظرية، حيث أن الحادث الاستثنائي يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي المفترض والذي راعاه طرفي الالتزام عند إبرامهم للعقد، فكل طرف يتأكد من أن العقد سيكون في مصلحته قبل إبرامه، وما أن يطرأ هذا الحادث حتى يختل التوازن السابق[3].

وتبعاً لذلك ينقسم طرفي الالتزام ما بين خاسر وكاسب، فارتآ المشرّعان أن يكون التعديل بعد موازنة مصالح الأطراف، وهذا ما عبّر عنه المشرّعان بقولهما: "وبعد مراعاة مصلحة الطرفين"، وعليه لا يمكن للقاضي أن يرفع كامل العبء الواقع على المدين، لما في ذلك من إضرار بحق الدائن، وليس له أيضاً أن يبقي هذا العبء على المدين، لأن ذلك يشكل إضراراً به وإثراءً للدائن[4].

---

[1] الفزاري، حسبو (1999). أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، القاهرة، ط1، ص259.

[2] الفزاري، حسبو، مرجع سابق، ص260.

[3] اليوسف، سمير، مرجع سابق، ص98.

[4] أبو السعود، رمضان، مرجع سابق، ص230؛ ونزهة، سواسي، مرجع سابق، ص24.

3. الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام:

والحد المعقول هو ما تقتضيه العدالة، فلا يخالف العقد والمنطق، فبقدر الغنم يكون الغرم، فالحد في ضوء المادة (205) مدني أردني والمادة (198) مدني كويتي، تعطي القاضي سلطة واسعة في تقدير الحد المعقول الذي يقلل الضرر الواقع على المدين، فهو يبحث في كل قضية بالنظر إلى ظروفها التي أحاطت بها وبعد ذلك يقرر الطريقة المناسبة لرد الالتزام إلى الحد المعقول.

ثانياً: ما يدخل في نطاق سلطة القاضي التقديرية وما يخرج عنها:

إن تحققت الشروط السابق ذكرها، فإن القاضي يقوم بتطبيق نظرية الظروف الطارئة والتي تهدف من التعديل إلى الحد من الخسارة الفادحة وليس إزالتها بشكل كامل، حماية للتوازن العقدي المفترض، والحد المعقول يقدره قاضي الموضوع[1].

والمشرّعان الأردني والكويتي لم يحددا وسيلة أو طريقة معينة يلجأ إليها القاضي لتحقيق الحد المعقول الذي أشارا إليه، فهنا تظهر سلطة القاضي الممنوحة له، فله إنقاص الالتزام المرهق للمدين متى ما رأى أن ذلك يحقق العدالة المنشودة، وله أيضاً سلطة زيادة التزام الدائن كصورة أخرى من صور التعديل التي تدخل ضمن سلطته، كما للقاضي سلطة إيقاف تنفيذ الالتزام لفترة معينة إن كان الظرف الطارئ سيزول قريباً.

1. التعديل في صورة الإنقاص من الالتزام:

يعدُّ إنقاص الالتزام سلطة للقاضي، تهدف إلى توزيع آثار الحادث الاستثنائي على طرفي الالتزام، والإنقاص يكون بالزيادة التي تفوق الحد المألوف ولا تكون فيما دونها، وتعتبر هذه الوسيلة من أهم الوسائل التي يلجأ إليها القاضي، حيث أنها قد تمس كم الالتزام أو وصفه أو كيفه، على أن تراعى مصلحة الطرفين[2].

"بالنسبة للصورة الأولى تكون بتخفيف الالتزام من حيث كمية التعهد ويعطى الفقه مثالاً على ذلك بالتعهد الذي يلتزم فيه شخص معين بتأمين سلعة معينة لصالح طرف آخر، ثم يحدث ظرف طارئ يودي إلى ندرتها، إلى درجة كبيرة، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أني نقص من كمية السلعة المتفق عليها إلى الحد الذي يستطيع التاجر القيام به، كأن يتعلق الأمر مثلاً بتوريد كمية من السكر لمصنع حلوى، ثم يحدث ظرف طارئ يؤدي إلى صعوبة كبيرة في تأمين تلك الكمية فينقص القاضي من الكمية بالمقدار الذي يرد الالتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يكون

---

(1) حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص725.

(2) مرقس، سليمان (1956). نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ص420.

القاضي قد وزع الخسارة بين الطرفين المتعاقدين لأن الهدف من النظرية هي تخفيف الإرهاق، وليس رفعه كله كما هو معمول به في القوة القاهرة"[1].

أما بخصوص الوسيله الثانية وهي إنقاص الالتزام من ناحية الكيف فتختلف عن الأولى، على إعتبار أن الدائن غالباً ما يطلب في محل الالتزام شروط معينة ترتبط بنوعيته، ودرجة جودته، وخلال تنفيذ الالتزام يطرأ حادث استثنائي يودي إلى صعوبة الحصول على النوع المتفق عليه بين الأطراف فيؤدي إلى جعل الالتزام مرهقاً للمدين، ففي هذه الحالة للقاضي بطلب من المدين أن يسمح له، بجلب نفس الكمية، ولكن بمواصفات أقل من المتفق عليها إرهاقاً[2].

يرى الفقه[3] أن الالتزام من جانب واحد لا يتناسب معه إلا هذه الوسيلة، وذلك لعدم وجود التزام مقابل يعكس زيادته، فلا يمكن إذاً غير إنقاص التزام المدين.

2. الزيادة في الالتزامات المتقابلة:

"قد يختار القاضي، من أجل تخفيف الالتزام المرهق للمدين لا إنقاصه، وإنما زيادة الالتزام المقابل الملقى على عاتق الدائن، بما يوازي بعض هذا العبء فقط، كما لو تعهد شخص بتوريد كمية معينة من البن بسعر مائة جنيه للكيلو غرام، وحال بين انعقاد العقد والتنفيذ ظرف طارئ أدى إلى ارتفاع الأسعار إلى خمسمائة جنيه للكيلو غرام، فيقوم القاضي برفع الثمن الذي يعتبر التزام من التزامات الدائن إلى حدود معقولة دون أن يصل إلى إزالة الإرهاق كله"[4]. وهذا يعني أن القاضي يقوم بتخفيف الخسارة التي لحقت المدين، ولس إزالة كامل العبء.

ويبرر أنصار الزيادة أن الدائن في هذه الحالة قد أثرا على حساب المدين، لذا يجب أن يزداد التزامه لتخفيف هذا الإثراء، واقتنع جانب من الفقه بهذه الحجة، لكن هناك جانب آخر يرفض الزيادة، وأيد الرأي الرافض بعض شرّاح القانون المدني الأردني[5]، واستندوا في ذلك أن القانون المدني الأردني لم يمنح القاضي حق الزيادة في التزام الدائن، لا صراحةً ولا ضمناً، وهذا الواضح من نص المادة (205) مدني أردني، فقد منحت القاضي سلطة (رد) الالتزام إلى الحد المعقول، ومعنى الرد ضيق في نطاق القانون المدني الأردني وهي تعني الإنقاص، والدليل أنه لو أراد المشرّع إعطاء القاضي سلطة زيادة التزام الدائن لنص على ذلك صراحةً، فهذا ما

---

(1) اليوسف، سمير، مرجع سابق، ص198-199؛ ونزهة، سواسي، مرجع سابق، ص25.

(2) الديب، هبة، مرجع سابق، ص62 - 63؛ ونزهة، سواسي، مرجع سابق، ص25.

(3) مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص422.

(4) سلطح، حمدي، مرجع سابق، ص248.

(5) الجبوري، ياسين، مرجع سابق، ص398؛ وسلطان، أنور، مرجع سابق، ص248؛ والسرحان، عدنان ونوري، خاطر، مرجع سابق، ص338.

فعله المشرّع الكويتي صراحة عندما نصت المادة (198) مدني: ".... أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله".

وبالمقارنة بين هذه الوسيلة والوسيلة السابقة، يتضح أن بينهم تشابه شبه كامل، لا سيما أن الوسيلتين تحدثان نفس النتيجة وأيضاً في الضوابط والصعوبات التي تعترض القاضي عند إعمال النظرية، فالوسيلتين يحدثان نفس الأثر في النهاية وهو تخفيف الإرهاق عن عاتق المدين، ففي حالة يكون التخفيف مباشر وحالة أخرى يكون بزيادة التزام الدائن، والقاضي عليه أن يحمل المدين تبعة الإرهاق غير المألوف في الحالتين، لوجود ضابط يقضي بذلك.

3. توقيف تنفيذ العقد:

يملك القاضي سلطة وقف تنفيذ العقد، وذلك في حال رأى أن الحادث الاستثنائي سيزول بعد فترة ولن يستمر، والتوقف يكون مستمراً حتى يزول هذا الحادث، ولكن يجب أن لا يلحق هذا الإجراء أضراراً بالدائن، ويشترط لتطبيق القاضي هه السلطة أن يكون الحادث استثنائي ومن المتوقع زواله، فإن كان من غير المتوقع زواله فلا مجال لتوقيف العقد في هذه الحالة، ومثال أن يتعهد مقاول بإقامة بناء، وترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً، ولكن هذا الارتفاع سيزول لقرب طرح كميات من هذه المواد في السوق، فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول بتسليم المبنى حتى يفي بالتزامه دون إرهاق، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب البناء[1].

وتظهر صعوبة تطبيق هذا الإجراء تجاه عقود المدة، ذلك أن الزمن محل اعتبار لدى المتعاقدين، فعلى ضوءه يتم تحديد التزامات كل طرف في العقد، وعليه فمن صعب وقف تنفيذ هذا النوع من العقود، فمثلاً في عقد العمل المبرم سنتين فتتغير هذه الالتزامات لو أوقف تنفيذ العقد، "لكن بعض الفقه حاول التصدي لهذه الإشكالية بأن جعل توقيف تنفيذ العقد لا يؤثر على التزامات المدين، فمهما كانت المدة التي قررها القاضي لصالح المدين، يظل كم الأداء بدون تغيير، لأن الوقف لا يمس مضمون العقد"[2].

وتجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضي هي رد الالتزام إلى الحد المعقول، فهو لا يملك حق فسخ العقد فهذا الإجراء يلحق الحيف بالدائن إ ٌ يحمله وحده تبعة الظرف الطارئ، علاوة على أن الغاية من نظرية الظروف الطارئة هي توزيع آثار الحادث الاستثنائي على طرفي الالتزام، وهذا لا يتحقق إن تم فسخ العقد[3].

---

(1) اليوسف، سمير، مرجع سابق، ص204-205؛ ونزهة، سواسي، مرجع سابق، ص28.

(2) الديب، هبه، مرجع سابق، ص65.

(3) الديب، هبه، مرجع سابق، ص69 – 70.

يتضح لنا مما سبق، أن القاضي يملك سلطة واسعة متمثلة في اختيار الوسيلة المناسبة التي من خلالها يخفف العبء الواقع على المدين جرّاء ظرف طارئ عام لم يكن في الوسع توقعه، وألحق بالمدين خسارة جسيمة.

وسلطة القاضي سواء كانت بإنقاص التزامات المدين أو بزيادة التزامات الدائن، أو بوقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الحادث الاستثنائي، ليست إلا لرد الالتزام إلى الحد المعقول عن طريق تعديل العقد، دون أن تمتد سلطته إلى الفسخ.

كما أن هذه السلطات التي ذكرناها سابقاً - الإنقاص والزيادة والتوقيف - تدخل في سلطة القاضي المطلقة، فله اختيار الوسيلة المناسبة منها على أن يكون الهدف هو تخفيف التزام المدين الذي أرهقه، والتخفيف يقضي بأن يتحمل المدين جزء من تبعات الحوادث الطارئة والجزء الآخر يتحمله الدائن.

كما يلاحظ أن المواد (205) مدني أردني و (198) مدني كويتي جاءت آمرة، أي جعلها المشرّعان من النظام العام، حيث أتى في نهايتها: "... ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، وهذا يفيد بأنه لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مسبقاً على استبعاد تطبيق أحكام النظرية، وإن تم الاتفاق على استبعاد أحكامها يكون هذا الاتفاق باطل، فمتى ما توافرت شروطها كان على القاضي تطبيقها.

ويعلل الفقه القانوني اعتبار النظرية من النظام العام، بأن أحكام الظروف الطارئة تتطلبه العدالة، لذا فمن غير الجائز أن يتم الاتفاق على ما يخالف العدالة، وأيضاً أراد المشرّع أن يحيط الطرف الضعيف بحماية تكفل له عدم تحكم الطرف القوي في العقد[1].

وإن كان كما أسلفنا بأن الاتفاق المسبق على استبعاد تطبيق النظرية أن توافرت شروطها باطل، فليس هناك ما يمنع من أن يكون الاتفاق لاحق على وقوع الحادث الاستثنائي، ذلك أن تحكم الطرف القوي يكون وقت إبرام العقد أما بعد ذلك فغير مقصور[2].

وعليه، فإن المشرّعان الأردني والكويتي قد ضما نظرية الظروف الطارئة إلى النظام العام، مما يمنع الأطراف على الاتفاق مسبقاً على استبعاد تطبيقها إن توافرت شروطها، وإن تم الاتفاق على ذلك فيقع باطل.

ونشير في النهاية إلى أن نظرية الظروف الطارئة يتمسك بها المدين أمام قاضي الموضوع، وليس له أن يتمسك بها أمام محكمة التمييز، نظراً لما يثيره تطبيق النظرية من

---

[1] مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص310؛ وسلطان، أنور، مرجع سابق، ص250.

[2] اليوسف، سمير، مرجع سابق، ص345.

مسائل تتعلق بالواقع، أما (الاتفاق) المسبق على (استبعاد) أحكامها، فللمدين أن يثيره في أي وقت تكون عليه الدعوى، وللمحكمة أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها.

وتطبيقاً لما سبق، قضت محكمة التمييز الأردنية: "يعتبر الدفع بالظروف الطارئة دفعاً للمسؤولية العقدية ويجيز للمحكمة رد الالتزام التعاقدي المرهق إلى الحد المعقول عملاً بأحكام المادة (205) مدني، وحيث إن مسؤولية المميز في هذه الدعوى هي مسؤولية تقصيرية أي ضمان فعل ضار وليست مسؤولية عقدية، فلا يساق هذا الدفع في مثل هذه الدعوى مما يقتضي الرد، وعن الاحتجاج بالقوة القاهرة فلا يوجد دليل في الدعوى على أن سقوط الأمطار الذي جرف مزروعات المدعين كان يشكل آفة سماوية أو حادثاً لا يمكن توقعه ولا توقيه، وعلى ذلك فإن هذا الاحتجاج أيضاً لا يصلح دفعاً للدعوى"[1].

المطلب الثاني: تدخل القاضي بسبب الشروط المجحفة في العقد:

سأبحث ضمن هذا المطلب في سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الشروط المجحفة في عقد الإذعان، وكذلك بسبب الشرط الجزائي المبالغ فيه في العقد، لذا سأقسم هذا المطلب إلى فرعين، أتناول في الفرع الأول تدخل القاضي في عقد الإذعان، وفي الفرع الثاني سأبحث في تدخل القاضي في الشرط الجزائي.

الفرع الأول: تدخل القاضي في عقد الإذعان:

عندما يقبل أطراف العقد على إبرامه فهم يقومون بصياغة الشروط على ما يتفق مع مصلحتهم جميعاً، وهذا هو الأصل، أن يتساوم الأطراف فيما بينهم على إجراء تعديلات في العقد إلى أن يتوصلوا للشكل النهائي للعقد الذي يتفق عليه الجميع، فهذا هو عقد المساومة، فهو وليدة مساومات بين أطراف متساويين، فيكون كل طرف فيه يتساوى مع دور الآخر[2].

وهناك استثناء على الأصل، فبعض العقود تتضمن شروط معدة سلفاً، وعلى من يريد التعاقد أن يقبل بها كما هي أو يرفضها جميعها، ولا يملك التعديل عليها، أي أن من أراد التعاقد فهو مجبر أن يذعن لهذه الشروط ويسلم لها، لكي يتم إبرام العقد، وهذا ما عبر عنه المشرّع الأردني في الماده (104)، والمشرع الكويتي في الماده (80)، بعبارة ".... بمجرد التسليم".

ونشأت هذه العقود في الفكر القانوني المعاصر، نتيجة التطورات الهائلة في المجال الاقتصادي، ذلك أن بعض السلع والخدمات تحتاج إلى قدرات مالية ضخمة، لا يتحملها إلا

---

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1991/32، هيئة ثلاثية، تاريخ 1991/1/12م، منشورات مركز عدالة.

[2] حجازي، عبد الحي (1982)، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المجلد الأول، ص463.

الشركات الكبيرة التي لا تجد لها منافس في السوق، أو تكون هذه المنافسة في نطاق محدود، مما يساهم في احتكار هذه الشركات لبعض السلع والخدمات، ومنها على سبيل المثال الغاز، والماء، والكهرباء، والنقل ... إلخ.

ولقد عالج المشرّع الأردني عقد الإذعان في ثلاثة نصوص قانونية، هي:

المادة (104) مدني ونصت: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

المادة (204) مدني: "إذ تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها، وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

المادة (2/240) مدني: "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن"

كما نظم المشرع الكويتي عقد الإذعان في المواد (80، 81، 82) مدني.

عالج المشرّعان الأردني والكويتي عقد الإذعان بنصوص خاصة، على اعتبار أنه خروجاً عن الأصل الذي يقضي بأن توضع شروط العقد بتفاهم وتوافق بين الطرفين، وكذلك احتراماً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تمنع تدخل القاضي في إرادة أطراف العقد سواء بتعديل مضمونه أو إلغاؤه، وهذه النصوص أمدت القاضي بسلطات تتيح له تعديل عقد الإذعان.

للبحث عن مدى سلطة القاضي بموجب النصوص المذكورة، وحدود هذه السلطة ومبرراتها وأهميتها، يجدر بالباحث في البداية أن يوضح مفهوم عقد الإذعان بالإضافة إلى دراسة سلطة القاضي في عقد الإذعان في حدود ما يهم هذه الدراسة.

أولاً: مفهوم عقد الإذعان:

يعرف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه بمحتوى التعاقد الذي يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه كما يذكر الموضوع (المحل) الذي يرد عليه الانعقاد كتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه"[1].

كما عرف جانب من الفقه عقد الإذعان بأنه: "ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطاً محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة"[2].

---

[1] حجازي، عبد الحي، مرجع سابق،ص467؛ والحيصة، علي، مرجع سابق، ص22.

[2] عبدالدايم، حسن محمود (2008). العقود الاحتكارية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، ص18.

وإن كان هذا التعريف جامعاً مانعاً، إلا أنه من العصب حصر عقود الإذعان، ذلك أن من المتوقع أن يتحول أي عقد لعقد إذعان متى توافرت فيه الشروط المطلوبة[1].

وهذا لا يمنع من أن يكون هناك بعض العقود التي تتميز بصورة مستمرة بالإذعان، ومنها على سبيل المثال عقد العمل في الصناعات الكبرى ولدى الشركات، وعقد التأمين، وعقد النقل البري، وعقد النقل البحري، وعقد النقل الجوي، وعقد الاشتراك في الكهرباء والمياه والغاز والهاتف والبريد[2].

من خلال التعريف السابق لعقد الإذعان، يمكننا استخلاص خصائصه والتي تنحصر في أربعة هي:

1. أن يكون الموجب محتكراً فعلياً أو قانونياً:

وعليه يلزم لاعتبار العقد من عقود الإذعان، أن يكون الموجب إما محتكراً فعلياً للسلعة أو محتكراً قانونياً لها، أو على أقل تقدير أن تكون له سيطرة على السلع والمرافق تجعل المنافسة عليها في نطاق محدود، وهذه الخاصية تفترض أن لا يكون هناك مساواة بين أطراف العقد، من الناحية الاجتماعية والاقتصادية، فيكون دور كل طرف فيه يتساوى مع دور الآخر[3].

وهناك من يرى[4] أن إحتكار الموجب للسلعة أو الخدمة سواء كان الإحتكار فعلي أو قانوني لا يعتبر من خصائص عقد الإذعان، على إعتبار أن المادة (104) مدني أردني ذكرت أن تكون الشروط مكتوبة ومطبوعه سلفاً، وأن هامش التفاوض فيها إما معدوماً أو محدوداً في أفضل حالاته، ولم تذكر الإحتكار كشرط لعقد الإذعان.

2. أن يعد المحتكر شروطاً محددة تقبل جملة أو ترفض:

يقوم محتكر السلعة أو المرفق بوضع جملة من الشروط، وتكون معدة سلفاً على شكل نموذجي (مطبوع)، ولا يكون أمام من يريد التعاقد إلا أن تصل بها كاملة، فلا يملك أن يناقش ما ورد في العقد من بنود وشروط، أي أن عليه أن يذعن لها، وهذا العقد يتضمن شروط تفصيلية تحمي الطرف الموجب في الغالب منها، فهي تحوي على تخفيف مسؤوليته العقدية أو إعفاؤه منها، بالإضافة إلى تشديد مسؤولية المتعاقد سواء تجاه ما يصدر أو ما قد يصدر منه من تقصير، ويتم صياغتها بشكل فني جداً، بحيث يصعب على العامة فهمها[5].

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص288.

[2] عبد العال، مدحت محمد، مرجع سابق، ص10.

[3] عبد الدايم، حسن، مرجع سابق، ص32.

[4] السلايطة، غازي، مرجع سابق، ص116- 117

[5] الحيصة، علي، مرجع سابق، ص25؛ ونزهة، سواسي، مرجع سابق، ص44.

3. أن يكون العرض موجها للجمهور بصورة عامة ودائمة:

يجب أن يكون هذا النوع من العقود موجه إلى الكافة، فلا يجوز أن يكون محدد إلى أشخاص معينين، وفي حال تحلل المحتكر من إبرام العقد مع أي شخص تقع عليه المسؤولية[1]، ويجب أيضاً أن يكون هذا الإيجاب صادراً بصورة دائنة وباستمرار، فإن لم يكن أيضاً كذلك فلا يكون عقد إذعان، ويتميز عقد الإذعان أيضاً بأنه يكون ملزم لمدة أطول من العقود العادية[2].

4. أن يتعلق الإيجاب بمرفق أو بسلعة ضرورية:

ومن خصائص عقد الإذعان، أن تكون السلعة أو الخدمة التي يحتكرها الموجب من الضروريات بالنسبة للجمهور، أي أن تكون أساسية لا يمكن للأفراد الاستغناء عنها، ومثال ذلك الماء، والكهرباء، والغاز، فإن كانت السلعة ضرورية ولكن ليست أساسية لا ينطبق على العقد أنه من قبيل عقود الإذعان، وكذلك إن كانت ضرورية ولكن لشخص معين فلا يكون العقد إذعان أيضاً، والمشرّع أراد من ذلك الحد من تحكم الشركات في السلع والخدمات الأساسية للأفراد[3].

ثانياً: سلطة القاضي في عقد الإذعان:

لا بدّ لنا ابتداءً من بيان شروط تعديل عقد الإذعان، ومن ثم أبين نطاق سلطة القاضي وصورها في عقد الإذعان.

1. شروط تعديل عقد الإذعان:

تنص المادة (204) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لماتقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، وكذلك تنص الماده (81) مدني كويني بأن :" **إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه كلية منها و لو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقا لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".**

يتضح من المادة السابقة، أن المشرّع فرض على القاضي شرطين يجب توافرهما ليحق له تعديل عقد الإذعان، الشرط الأول: أن يكون هناك عقد إذعان، والثاني: أن يتضمن العقد شروط تعسفية ترهق كاهل الطرف المذعن، وسأتناول الشرطين على النحو الآتي:

---

[1] نزهة، سواسي، مرجع سابق، ص46.

[2] سلطان، أنور، مرجع سابق، ص51.

[3] عبد العال، مدحت، مرجع سابق، ص15.

أ. وجود عقد إذعان:

إن أراد القاضي إعمال سلطته في تعديل عقد الإذعان، قاصداً رفع الإرهاق الذي لحق المدين من الشروط التعسفية، كان عليه بداية أن يبحث فيما إذا كان العقد قد تم بطريق الإذعان أم لا، فإن كان العقد قد أبرم بطريق الإذعان، عندها يكون ممارسة القاضي لسلطته في التعديل أمراً سائغاً، ونكون بصدد عقد إذعان متى توافرت الشروط السابق ذكرها، وبعد التأكد ينتقل القاضي للبحث عن الشروط التعسفية في العقد[1].

ب. أن يتضمن عقد الإذعان شروط تعسفية:

عندما يرفع النزاع للقضاء ويطلب المدعي تعديل عقد الإذعان، يقوم القاضي بالبحث فيما إن كان العقد قد تم بطريق الإذعان أم لا، ويكون ذلك بالتحقق من الشروط سالفة الذكر، فإن ظهر أن العقد قد أبرم بطريق الإذعان، ينتقل القاضي للمرحلة التالية وهي البحث عن الشروط التعسفية في العقد محل النزاع، وإذا تبين له أن التعسف قد اعترى بعض الشروط له عندها أن يعدلها إعمالاً لنص المادة (204) مدني أردني، حيث تقضي: " ... جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو تعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ..."، وعليه يحق للقاضي تعديل الشرط التعسفي بما يرفع الإرهاق عن الطرف المذعن، كما له أن يعفيه من الشرط التعسفي تماماً، ولكن السؤال الذي يثور هنا: متى يكون الشرط تعسفي؟ وهل يخضع تقدير القاضي في اعتبار الشرط تعسفي أم لرقابة محكمة التمييز؟

لم يقيد المشرّع القاضي بمعيار ثابت ينظر إليه عند البحث في الشروط عن التعسف، ولا يمكن اعتبار العدالة الواردة في النص أعلاه معياراً ثابتاً يحدد التعسف بجلاء، إذ إن مفهوم العدالة مرن، يتغير من حالة إلى أخرى ومن وقت إلى آخر، لذا يمكن القول بأن المشرّع منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد الشروط التعسفية.

إن البحث عن الشروط التعسفية تدخل في مسائل الواقع التي ينفرد ببحثها قاضي الموضوع، ولا يخضع في هذا الصدد لرقابة محكمة التمييز، ولكن قاضي الموضوع يجبر بذكر الأسباب التي استند عليها لإصدار الحكم، ذلك أن التسبيب يخضع لرقابة محكمة التمييز للتأكد من أن الحكم قد قام على أسباب سائغة تؤدي إليه، ومن بين الشروط التعسفية الشروط التي تهدف إلى تقييد الحقوق الشخصية للطر فالمذعن، أو من حريته العامة، ومثال ذلك شرط عدم الزواج[2].

---

[1] الحيصة، علي، مرجع سابق، ص40-41؛ ونزهة، سواسي، مرجع سابق، ص48.

[2] اليوسف، سمير، مرجع سابق، ص238.

"إن العقد إذا تم بطريق الإذعان، واشتمل على شروط تعسفية، فإن العيب الذي يلحق هذا العقد في هذه الحالة يلحقه منذ تكوينه لا عند تنفيذه، كما هو الحال بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة"[1].

وتطبيقاً لما سبق، قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: "محكمة الموضوع هي التي تملك تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه قد انتهى في أسباب سائغة إلى اعتبار الشرط الوارد بالبند الثاني من العقد شرطاً تعسفياً وأتى الإعفاء فيه، ومن ثم ما يثيره الطاعن في هذا الشأن جدل موضوعي غير مقبول"[2].

ثالثاً: نطاق سلطة القاضي وصورها في عقد الإذعان:

حرص المشرّعان الأردني والكويتي على حماية حقوق الطرف المذعن في عقود الإذعان من تحكم المحتكر، والذي يجبر المتعاقد على قبول شروط تعسفية ليست في مصلحته، فأعطى المشرّعان صورتين لحماية الطرف المذعن من هذه الشروط، وهما:

الصورة الأولى: تتمثل في تعديل الشروط التعسفية.

الصورة الثانية: تتمثل في إلغاء الشروط التعسفية.

والحماية التي يفرضها المشرّع للطرف المذعن هي إما تعديل الشروط التعسفية بما يرفع عند الضرر الواقع عليه، أو أن يقوم القاضي بإعفاء الطرف المذعن من هذه الشروط بإلغائها، وهذه الصورتين وردت في المادة (204) مدني أردني، والمادة (81) مدني كويتي، وأما ما نصت عليه المادة (204/2) مدني أردني، والمادة (82) مدني كويتي تتحدث عن التفسير، وموضوعنا هنا محصور بالتعديل، لذا سنقتصر الحديث على سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، وسنتناول سلطة القاضي في التفسير في المطلب الثالث من المبحث الثاني من هذا الفصل.

1. تعديل الشروط التعسفية:

في هذه الصورة يقوم القاضي بالنظر للالتزامات المتبادلة والنظر إلى مدى توازنها، فلا يقوم بالإضافة على الشروط أو إلغاء بعضها، فهو وفقاً لهذه الصورة تكون سلطته إما زيادة الالتزامات الناشئة عن العقد أو إنقاصها، وفقاً للعدالة وتحقيقاً للتوازن العقدي، وقد يطلب الطرف المذعن من القاضي تخفيف الشرط الجزائي المبالغ فيه، أو إزالة الغبن الذي لحق الطرف الضعيف أثناء تكوين العقد، ووضع سلطة القاضي إزاء هذه الحالات فيما يلي:

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص696.

(2) تمييز بالطعن رقم 89/388، تاريخ 1989/2/12م، منشورات جمعية المحامين الكويتية.

أ. تعديل التزامات الطرفين بالزيادة أو النقصان:

هناك شروط جوهرية في العقد وهي التي تحدد الأداءات المتقابلة، فالقاضي لا يملك إلا تعديلها، ذلك أن إلغائها يؤدي إلى المساس بالعقد، ولتجنب القاضي المساس بالعقد فهو يلجأ إلى التعديل لرفع الغبن الذي وقع على الطرف المذعن[1].

ويحكم القاضي بإنقاص التزام الطرف المذعن لتحقيق العدالة في العقد، كما يمكنه أن يزيد من التزامات المحتكر، ومثال الحالة الأولى إنقاص قيمة الأقساط التي يدفعها المؤمن له إن كان مبالغ فيها، أو إنقاص ثمن المبيع إن لحق المشتري غبن، ومثال الحالة الثانية وهي زيادة التزامات المحتكر، وتكون بزيادة المقابل الذي يحصل عليه المؤمن له عند حدوث الحادث المؤمن منه، وأيضاً زيادة الأجر في عقد العمل، ويمكن للقاضي أن يزيد التزامات الطرف المذعن أيضاً إن كان المحتكر هو الطرف الضعيف ، كزيادة ثمن المبيع إن كان البائع هو المغبون[2].

وبشكل عام تتلخص وظيفة القاضي إزاء عقد الإذعان في تحقيق العدالة التعاقدية، ورفع الضرر عن الطرف الضعيف، سواء كان الضعيف المحتكر أو الطرف المذعن.

ب. تعديل الشرط الجزائي:

والتعديل في هذه الحالة ينصب على الشرط الجزائي، وهو عبارة عن تعويض يتفق عليه طرفي العقد يكون جزاء عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، وقد يكون هذا الشرط وارد في العقد نفسه أو يكون لاحقاً له[3].

كي يتدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي، يجب أن يكون هذا الشرط وارداً في عقد الإذعان، عندها للقاضي أن يعمل سلطته في التعديل عليه متى ما رأى أنه مبالغ فيه، فيقوم بتقليله بما يتناسب مع الضرر الواقع فعلاً حسب الظروف، وسيكون هذا الموضوع محل دراستنا في الفرع الثاني من هذا المطلب.

ج. تعديل الشرط من أجل إزالة الغبن عن الطرف المذعن:

إن القاضي يملك إبطال العقد متى وقع المتعاقد في استغلال، كما يملك أيضاً إنقاص الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد في حال شاب إرادته غبن، ولكن السؤال هنا: إن تحقق

---

(1) حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص468.

(2) عبد العال، مدحت، مرجع سابق، ص146؛ ونزهة، سواسي، مرجع سابق، ص48.

(3) عبد الدايم، حسني، مرجع سابق، ص98.

الغبن أو الاستغلال ببعض شروط عقد الإذعان، هل يطعن الطرف المذعن بهذا الشرط بالغبن أو الاستغلال أو يطعن به على أساس أنه شرط تعسفي؟[1].

يستند الطرف المذعن في هذه الحالة بالطعن على الشرط على أساس أنه تعسفي استناداً للمادة (204) مدني أردني والمادة (81) مدني كويتي، ويطلب من القاضي إنقاص التزاماته بما يرفع عنه الغبن، ولا يستند بالغبن أو الاستغلال للطعن بالشرط على أساس أنهم من عيوب الرضا.

2. إلغاء الشروط التعسفية:

هذه الصورة بلا شك تعتبر أخطر من الصورة السابقة، وسلطة حساسة منحها المشرّع للقاضي، ففي هذه الحالة يملك القاضي إلغاء الشرط متى رأى أنه تعسفي، فهو بذلك يخالف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

قد لا يمكن للقاضي أن يزيل مظهر التعسف الذي يتسم به الشرط من خلال تعديله، وذلك لأن التعسف ليس في أثر الشرط المتمثل في الالتزام بل هو الشرط نفسه، عندها يلجأ القاضي إلى إلغائه وإعفاء الطرف المذعن منه على اعتبار أن هذه الوسيلة هي التي تحقق العدل[2].

وعليه، يحق للقاضي أن يلغي الشرط الوارد في عقد التأمين والذي يقضي بسقوط حق المؤمن له في التأمين، كجزاء لكتمانه بيانات معينة أو بتقديم تقديرات غير صحيحة حتى وإن كان ذلك بحسن نية، وأن يعفي الطرف المذعن منه، ذلك أن العدل لا يقبل أن يؤدي المؤمن له أقساط التأمين دون أن يحصل على أي مقابل دون سبب مقنع[3].

وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أنه: "جرى الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز على أن الشروط والاستثناءات الواردة في عقد التأمين الشامل والتي تستثني نقصان القيمة وفوات المنفعة والمتمثلة ببدل عطل سيارة المؤمن عن مدة التصليح باطلة بمقتضى نص المادة (924) من القانون المدني الأردني لأنها تهدف إلى إسقاط حق المؤمن له أو الانتقاص منه وتتعارض والغاية التي من أجلها شرع عقد التأمين وهي شروط تعسفية غير واجبة الإعمال، وحيث إن محكمة الاستئناف لم تأخذ بقرارها المطعون فيه بهذه الشروط التعسفية الواردة في وثيقة التأمين وقضت للمدعي ضده ببدل التعويض عن نقصان قيمة مركبته المؤمنة لدى

---

[1] الحيصة، علي، مرجع سابق، ص50؛ ونزهة، سواسي، مرجع سابق، ص50.

[2] عبد الدايم، حسن، مرجع سابق، ص105؛ نزهة، سواسي، مرجع سابق، ص53.

[3] عبد العال، مدحت، مرجع سابق، ص153.

الطاعنة تأميناً شاملاً وببدل التعويض عن فوات المنفعة، فتكون قد طبقت صحيح القانون وما استقر عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز"[1].

وقضت أيضاً: "أن نص المادة 1/104/أ من قانون النقل على الطرق بما قرره للمضرور من حق مباشر في استيفاء التعويض من المؤمن هو من النظام العام، وبالتالي يسقط بالبطلان كل اتفاق على ما يخالفه وكل شرط يحول دون المضرور وتقاضي التعويض عند توافر شروط مسؤولية المؤمن له التقصيرية، وكل شرط تعسفي في عقد التأمين، ذلك لأن إجماع الفقه منعقداً على أن عقود التأمين من عقود الإذعان التي يسوغ فيها استبعاد الشروط التعسفية التي لم يكن لمخالفتها أثر في وقوع الحادث المؤمن منه"[2].

وكذلك يملك القاضي أن يحكم بإلغاء الشرط الوارد في عقد العمل والذي ينص على إلغاء العقد أو توقيع غرامات على العامل دون مخالفة أو لمخالفة بسيطة، وذلك على اعتبار أنه شرط تعسفي.

تجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي في عقد الإذعان له خطورة واضحة، فهو يختلف عن الحالة الأولى، إذ يؤدي إلى تعيدل مضمون العقد من قبل القاضي، فهو لا يقف عند مرحلة التفسير أو التعديل في الشرط، بل يتخطى ذلك إلى إلغائه بشكل كامل، وهذا يتطلب ضبط هذه السلطة التي يمتلكها القاضي بالضوابط المذكورة سابقاً عند إعماله لهذه السلطة.

الفرع الثاني: تدخل القاضي في الشرط الجزائي:

من الممكن "أن يتفق المتعاقدان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر عن التنفيذ، ويسمى هذا بالضمان الاتفاقي"[3]، أو يسمى بالشرط الجزائي، وسنبحث مفهوم هذا الشرط، وسلطة القاضي في تعديله، على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم الشرط الجزائي:

بالنظر إلى القانونين الأردني والكويتي يتضح أن المشرّعان أحجما عن تعريف الشرط الجزائي، مكتفين بتنظيم أحكامه.

---

[1] تمييز حقوق رقم 2010/837 تاريخ 2010/12/20، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة، وقرارها رقم 2003/724، تاريخ 2003/5/8، هيئة عامة، منشورات مركز عدالة.

[2] تمييز حقوق رقم 1973/377، تاريخ 1973/1/1، هيئة عادية، منشورات مركز عدالة.

[3] الحلالشة، عبد الرحمن أحمد جمعة (2006). الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام، دار وائل، عمان، ط1، ص105.

فقد نصت المادة (1/364) مدني أردني بأنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون"، وأفادت الماده (302) مدني كويتي بأن :"إذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدما التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق".

ويعرف القانون المدني الفرنسي في المادة (1229) الشرط الجزائي بأنه: "التعويض عن الأضرار التي سيتحملها أحد طرفي الالتزام بسبب عدم تنفيذ الالتزام الأصلي"[(1)].

وثار خلاف في الفقه حول معنى الشرط الجزائي، وبالرغم من هذا الاختلاف في المعاني إلا أنها تدور حول فكرة واحدة، وهي أن الشرط الجزائي هو اتفاق بين المتعاقدين على وضع شرط في العقد يحدد فيه التعويض الذي يلتزم به المدين إذا أخل بالتزامه، وهذا التعويض قد يحدده الأطراف كجزاء لعدم تنفيذ العقد جزئياً أو كلياً، وقد يكون جزاء للتأخير في التنفيذ، وهذا الاتفاق قد لا يذكره الأطراف في العقد، ويقوموا بتحديده في اتفاق لاحق وقبل أن يخل المدين بالتزامه، ويعرف هذا الاتفاق بالتعويض الاتفاقي وهو يقابل التعويض القضائي الذي يصدره القاضي، والتعويض القانوني الذي يصدره المشرّع[(2)].

إن الشرط الجزائي يهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزام عيناً، وهذا يعني أن هناك التزام أصلي يعزز تنفيذه الشرط الجزائي، ولا يمكن المطالبة بهذا النوع من التعويض إلا في حالتين: الحالة الأولى: عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزام الأصلي، والحالة الثانية: التأخير في تنفيذ الالتزام، ويعد الشرط الجزائي التزام تبعي للالتزام الأصلي المتفق عليه، كما أن تحديده أو تقديره يكون بشكل جزافي من قبل الأطراف في وقت سابق على إخلال المدين بالتزامه.

إذاً الشرط الجزائي يتميز بأنه التزام تبعي لا أصلي، كما أنه التزام احتياطي، وتقديره يكون جزافياً[(3)].

وبناءً على الخصائص المذكورة آنفاً، فإن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي تقضي بأنه التزام تابع وليس التزام أصلي، ذلك أن الالتزام الأصلي هو ما التزم به المدين بشكل مباشر

---

(1) نقلاً عن: الصوا، علي محمد الحسين (1425هـ - 2004م)، الشرط الجزائي في الديون، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، السنة 19، العدد 58، ص227.

(2) السنهوري، الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص851؛ ؛ وأبو الليل، إبراهيم الدسوقي (2003-2004م)، أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط3، ص61؛ وعبد الرضا، عبد الرسول والنكاس، جمال فاخر (2009-2010م)، أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط2، ص49.

(3) تفصيلاً راجع: الجبوري، ياسين، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص242 - 243؛ والحلالشة، عبد الرحمن، مرجع سابق، ص112-116.

وأصلي من العقد ووفقاً للتكييف القانوني للشرط الجزائي المذكور سابقاً، ويمكن استخلاص ما يلي:

1. أن العبرة بالالتزام الأصلي وليس بالشرط الجزائي، فليس للدائن أن يطالب المدين بالشرط الجزائي إن كان تنفيذ الالتزام الأصلي ممكناً، ولا يمكن أن يعرض المدين على الدائن الشرط الجزائي للتنصل من تنفيذ الالتزام بل عليه تنفيذ الالتزام الأصلي عيناً، على أنه يجوز أن يعرض عليه الشرط الجزائي متى كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً بخطأ المدين[1]. ولكن إن كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبي، ففي هذه الحالة ينقضي الالتزام ولا يمكن للدائن المطالبة بالشرط الجزائي، ذلك أن التعويض يكون مستحقاً عند إخلال المدين بالتزامه، وفي هذه الحالة لم تكن الاستحالة من المدين.
2. لا يعتبر الشرط الجزائي التزاماً تخييرياً؛ ذلك أن الشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي، فلا يمكن للدائن أن يختار بينهم والقول بذلك يؤدي إلى جعل الشرط الجزائي التزام أصلي مستقل، كما أنه ليس التزاماً بديلاً، فالمدين لا يملك أن يختار تنفيذ الشرط الجزائي دون الالتزام الأصلي، بل عليه تنفيذ الالتزام الأصلي عيناً، وفي حال استحالة التنفيذ لخطأ المدين عندها من الممكن أن يعرض الشرط الجزائي[2].
3. البطلان أو الفسخ إن لحق بالالتزام الأصلي عندها يؤثر بالشرط الجزائي، وذلك لأن الأخير تابع للأول، فيتأثر بما يتأثر به المتبوع، والعكس غير صحيح، إن كان الشرط الجزائي باطل فإن البطلان لا يؤثر في الالتزام الأصلي، لأن الشرط الجزائي قد يرد بصورة شرط في العقد أو يكون باتفاق لاحق، ويتحقق البطلان لمخالفته للأحكام المنظمة له، فهي تبطل الشرط الجزائي أو الاتفاق اللاحق دون الالتزام الأصلي، كما أن مصير الالتزام الأصلي لا يتعلق بمصير الالتزام التبعي بل بالعكس[3].
4. وإذا أخل المدين بالتزامه وطلب الدائن فسخ العقد وليس تنفيذ الشرط الجزائي، ففي هذه الحالة يسقط الالتزام الأصلي ويستتبع ذلك سقوط الشرط الجزائي على اعتبار أنه تابع له، وليس أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض الذي يقدره القاضي وفقاً للقواعد العامة[4].

وتطبيقاً لما سبق، قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "غاية الشرط الجزائي هو ضمان تنفيذ الالتزام، وهذا يعني بداهة أن هناك التزاماً أصلياً وصحيحاً، الأمر الذي يجعل الشرط

---

[1] انظر في هذه النتائج: الجبوري، ياسين، مرجع سابق، ص241- 242.

[2] الجبوري، ياسين، مرجع سابق، ص233

[3] الجبوري، ياسين، مرجع سابق، ص241.

[4] الحكيم، عبد المجيد (1977). أحكام الالتزام، دون دار نشر، ط3، بغداد، ص43.

الجزائي التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي، فالأصل أنه يدور وجوداً وعدماً معه، ولذا فإن الشرط الجزائي لا يستحق إلا في حالتي عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزام الأصلي أو تأخيره في تنفيذه"[1].

ويشترط لمطالبة الدائن بالشرط الجزائي تحقق جميع أركان المسؤولية، وهي: الخطأ العقدي، والضرر، وعلاقة السببية، كما يشترط إعذار المدين[2]، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "من المقرر فقهاً وقضاءً أنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي من العقد ما يشترط لقيام المسؤولية العقدية التي استقرت قواعدها في التشريع والفقه المدني على أن أركانها هي خطأ من جانب المدين وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر وإعذار المدين، وهي بذاتها شروط استحقاق الشرط الجزائي في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يفِ أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد إنذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه عملاً بالمادة (246) مدني، وحيث إن الشرط الجزائي هو تنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، فالإعذار شرط لاستحقاقه"[3].

ثانياً: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

إن الشرط الجزائي اتفاق بين أطراف العقد على تعويض يكون مستحق للدائن عند إخلال المدين بالتزامه، إذاً من الواجب احترام اتفاق الأطراف إعمالاً لقاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين".

ولكن إن نظرنا إلى الشرط الجزائي من زاوية أخرى، نجد أنه اتفاق مسبق على تقدير تعويض لجبر ضرر نتج عن إخلال المدين في تنفيذ التزامه، إذاً – من حيث المبدأ – يجب أن يقدر هذا التعويض وفقاً للضرر الذي لحق بالدائن فعلاً.

وعلى ضوء ما سبق، نطرح السؤال التالي: ما مدى سلطة قاضي الموضوع في تعديل الشرط الجزائي؟

تنص المادة (2/364) مدني أردني بأنه: "ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

وتنص المادة (303) مدني كويتي بأنه: "لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، ويجوز للمحكمة أن تخفض التعويض عما هو متفق عليه

---

[1] تمييز حقوق رقم 2002/444، تاريخ 2002/6/25م، منشورات مركز عدالة.

[2] تفصيلاً راجع: الحلالشة، عبد الرحمن، مرجع سابق، ص107-112.

[3] تمييز حقوق رقم 2008/3726، تاريخ 2009/6/15، منشورات مركز عدالة.

إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

وتنص المادة (304) مدني كويتي بأنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

من خلال استقراء النصوص القانونية سالفة الذكر، يلاحظ الباحث ما يلي:

أولاً: من ناحية تخفيض قيمة الشرط الجزائي، يلاحظ أن المشرّع الأردني منح قاضي الموضوع سلطة في تعديل الشرط الجزائي ليكون مساوياً للضرر الواقع فعلاً على الدائن، وهذا يعني أن الشرط الجزائي متى ما كان أعلى من قيمة الضرر الواقع كان للقاضي أن يخفض منه ليتساوى مع الضرر الذي لحق بالدائن فعلاً.

وبناءً على نص المادة (2/364) يرى جانب من الفقه[1] بأن لقاضي الموضوع أن يخفض من قيمة الشرط الجزائي إن كان مبالغاً فيه خصوصاً وإن الالتزام قد نفذ جزئياً، كما للقاضي أن يخفض من الشرط الجزائي إن كان فاحشاً ويرده ليتساوى مع الضرر الواقع فعلاً.

وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "أجازت المادة 364 من القانون المدني للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، وبما أن المميزة لم تقدم البينة على أنه لم يلحق بالمميز ضده ضرر، وحيث إن العقد شريعة المتعاقدين وقانونهما الخاص ولا يجوز تفسيره إذا كان واضحاً خلافاً لما ورد فيه، وعليه فإن قيام المميزة بإنهاء عمل المدعي – المميز ضده – من العمل قبل انتهاء مدة عقد العمل يوجب الحكم للمدعي بقيمة الشرط الجزائي المطالب به في لائحة الدعوى"[2].

ونذهب لموقف المشرّع الكويتي الذي كان مختلفاً لموقف المشرّع الأردني، إذ إنه حدد حالات معينة يجوز للقاضي فيها تعديل الشرط الجزائي، وهذا ما يتضح من نص المادة (303) المذكورة سابقاً، فلسلطة القاضي في التخفيض يمكن إعمالها في حالتين، هما:

الحالة الأولى: إذا كان التقدير مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة.

الحالة الثانية: إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه.

---

(1) الجبوري، ياسين، أحكام الالتزام، ص238.

(2) تمييز حقوق رقم 2005/4482، تاريخ 2006/6/29، منشورات مركز عدالة.

ثانياً: بخصوص سلطة قاضي الموضوع في زيادة الشرط الجزائي، نرى أن المشرّع الأردني أعطى للقاضي سلطة زيادة الشرط الجزائي متى كانت قيمته أقل من الضرر، وهذا ما يفهم من المادة (2/364) مدني أردني، حيث إن المادة أعطت القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي، والتعديل هنا من الممكن أن يكون بالزيادة أو بالتخفيض، ليتساوى الشرط الجزائي مع الضرر[1].

وخلافاً لموقف المشرّع الأردني، كان موقف المشرّع الكويتي الذي لم يسمح للقاضي زيادة قيمة الشرط الجزائي وإن كان الضرر قد تجاوز قيمة التعويض المتفق عليه إلا في حالتين، هما:

الحالة الأولى: ارتكاب المدين الغش.

الحالة الثانية: ارتكاب المدين خطأ جسيماً.

ولكن السؤال هنا: لماذا أجاز المشرّع تخفيض قيمة الشرط الجزائي بطلب المدين إن أثبت عدم وقوع الضرر أو المبالغة فيه، ولم يجز للقاضي أن يقوم بزيادة الشرط الجزائي بناءً على طلب الدائن إن كان الضرر أكبر من قيمة التعويض المتفق عليه، إلا في الحالتين السابقتين؟

يرى جانب من الفقه[2] أن الدائن على علم مسبق بالضرر الذي يمكن أن يقع عليه من إخلال المدين بتنفيذ التزامه ويقدر التعويض، فإن تم الاتفاق عليه بصورة نهائية لا يمكن للدائن المطالبة بأكثر من ذلك.

وأرى أن هذه الحجة تشمل الدائن والمدين، فالمدين قد حدد مسبقاً الضرر الذي قد يحصل له، وأيضاً المبلغ الذي يدفعه لو أخل بتنفيذ التزامه، فقد التزم بصورة إضافية وحرة بدفع ما تعهد به.

وأرى مع التسليم بعدالة المبدأ الذي يمنح قاضي الموضوع تقدير توازن الأداءات بين أطراف العلاقة التعاقدية من ناحية الشرط الجزائي في القانون الكويتي، بأن المشرّع الكويتي قد انحاز للمدين أكثر من الدائن، من ناحية حق كل منهم في طلب التعديل على الشرط الجزائي، وأتمنى على المشرّع الكويتي أن يحذو حذو المشرّع الأردني في إعطاء الدائن والمدين حق طلب التعديل على الشرط الجزائي على قدم المساواة، وأقترح على المشرّع الكويتي أن يعدل المادة (304) مدني، لتتفق مع أحكام المادة (2/364) مدني أردني.

---

[1] الجبوري، ياسين، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص236 – 237.

[2] أبو الليل، إبراهيم، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص71.

وقد اتفق المشرّع الأردني في الماده (2/364)، والمشرع والكويتي في الماده (303) على جعل سلطة القاضي في التدخل لتعديل الشرط الجزائي بناءً على طلب أحد الأطراف ليتساوى فيه الشرط الجزائي مع الضرر من النظام العام، فكل اتفاق يخالف ذلك يعدّ باطلاً.

المبحث الثاني

صور تدخل القاضي لتحقيق فاعلية تنفيذ العقد بين المتعاقدين

يعرّف المشرّع الأردني العقد في المادة (87) مدني بأنه: "هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

ويعرف جانب من الفقه [1] العقد بأنه: "اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية متمثلة في إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه" ، فإن تحقق في العقد ركنه وشرائط صحته، عندها يكون عقداً صحيحاً منتجاً لآثاره، ويترتب على ذلك أيضاً العقد بالقوة الملزمة من حيث الأشخاص والموضوع إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وبعد ذلك تأتي مراحل التنفيذ التي قصدها الأطراف من إبرام العقد، ومن مظاهر مبدأ سلطان الإرادة في هذه المرحلة هي تنفيذ العقد بما ورد فيه، وهذا مانصت عليه الماده (2/199) مدني أردني :" 2. أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما".

"ووجوب تنفيذ العقد يعني في الحقيقة وجوب تنفيذ الالتزامات التي أنشأها، فهو بذلك يخضع للقاعدة العامة في تنفيذ الالتزام عموماً التي نص عليها المشرّع الأردني في باب آثار الحق الشخصي"[2]، فقد نصت المادة (315) مدني أردني على أنه: "يجب الوفاء بالحق متى استوفى شرائط استحقاقه قانوناً، فإن تخلف المدين فقد وجب تنفيذه جبراً عليه تنفيذاً عينياً أو تعويضياً طبقاً لنصوص القانون"، وأيضاً نصت الماده (1/280) مدني كويتي :" 1.إذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره، نفذ جبرا عليه".

ولنحقق فاعلية التنفيذ المرجوة من التعاقد، على الأطراف أن يراعوا عند التنفيذ قاعدتين مهمتين، وهي: قاعدة تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وتنفيذه بطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل، وقد نص عليها المشرّع الأردني في الماده (1/202) مدني، كما نص عليها المشرع الكويتي في الماده (197) مدني.

---

(1) فرج، توفيق حسن والجمّال، مصطفى (2008). مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، ص24.

(2) السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص238.

ويقصد بمبدأ حسن النية في مراحل تنفيذ العقد هو أن يراعي كل طرف في العقد مصالح الطرف الآخر، ويتجنب تعمد الإضرار به، وينفذ المتعاقد العقد وفقاً لما يأمله الطرف الآخر على أساس الثقة المشروعة بينهم[1].

ويقضي مبدأ حسن النية أن ينفذ العقد بمستلزماته وليس تنفيذ ما ورد بالعقد من عبارات فقط، ويكون ذلك طبقاً لما نص عليه القانون والعرف وطبيعة التصرف.

وقد ارتأى المشرّعان الأردني والكويتي أن يحميا مقتضيات مبدأ حسن النية، والتي تقضي بأن لا يتعسف المتعاقد باستعمال حقه المتمثل بمطالبة المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد في بعض الأحوال، بحيث يلحق به خسارة، والحماية هي إعطاء القاضي سلطة تقديرية ليتدخل في العقد ليحقق فاعلية تنفيذه.

إن حالات تدخل القاضي في هذه المرحلة متعددة، فمن ناحية يمكن أن يتدخل لمنح المدين أجلاً قضائياً في بعض الظروف الاستثنائية، كذلك قد يتدخل في حالة المقاصة القضائية، وذلك إن رفضها الدائن على الرغم من تحقق شروطها.

ومن الممكن أن يتدخل القاضي عند تعدد الطرق أمام المدين لتنفيذ التزامه، وأصر الدائن على طريق معين رغم تساويها في نظره، كما يمكن أن يتدخل القاضي في هذه المرحلة عند امتناع المدين على التنفيذ العيني للالتزام في حال كان بمقدوره ذلك، فيقوم القاضي بفرض غرامة تهديدية على المدين لإجباره على تنفيذ الالتزام، وأيضاً أعطى المشرّعان الأردني والكويتي القاضي سلطة فسخ العقد، وكذلك تفسيره، لذا سأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، هي:

المطلب الأول: تدخل القاضي في منح الأجل القضائي (نظرة الميسرة).

المطلب الثاني: تدخل القاضي إزاء المقاصة القضائية والغرامة التهديدية.

المطلب الثالث: تدخل القاضي إزاء فسخ العقد وتفسيره.

وسأبحث هذه المطالب تباعاً.

المطلب الأول: تدخل القاضي في منح الأجل القضائي (نظرة الميسرة):

على المدين أن ينفذ الالتزام الذي التزم به فور تحققه بصورة نهائية، وهذا هو الأصل، وأكدت ذلك المادتين (315، 1/334) مدني أردني، وكذلك المادتان (1/280، 410) مدني كويتي، وكذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً

---

[1] أبو الليل، إبراهيم، نظرية الالتزام، العقد، مرجع سابق، ص293.

في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص بغير ذلك، كما تقتضي بذلك المادة 1/334 من القانون المدني"[1].

والوفاء بالالتزام يكون في الموعد الذي يحدده الاتفاق بين الأطراف أو يكون في الموعد الذي يحدده القانون، كما للقاضي أن يحدد موعد الوفاء بالالتزام إن أعطى المدين أجلاً أو آجالاً للتنفيذ، مع مراعاة الأحكام التي نصت عليها المادتان (334، 403) مدني أردني، حيث تناولت المبدأ العام والشروط المطلوبة لمنح القاضي أجلاً (نظرة الميسرة) للمدين لينفذ التزامه، وسأقوم بتعريف الأجل القضائي، وأبين ضوابط منحه ومدى سلطة القاضي إزاء منح هذا الأجل، وذلك في فرعين: أخصص الفرع الأول لتعريف الأجل القضائي وضوابط منحه، أما الفرع الثاني سأبحث فيه سلطة القاضي في منح الأجل القضائي.

الفرع الأول: تعريف الأجل القضائي:

سأبحث في هذا الفرع معنى الأجل القضائي وضوابط منحه، وأخصص لكل منهما فقرة مستقلة.

أولاً: معنى الأجل القضائي:

الأجل القضائي هو الأجل الذي يعطيه القاضي للمدين لتنفيذ التزامه ويكون محدد المدة، أو هو الزمن الذي يرجأ إليه تنفيذ الالتزام أو يمدد إليه التنفيذ، فالأجل القضائي يكون مصدره القضاء حيث أجاز القانون للقاضي أن يمنح المدين أجلاً أو يعطيه بناءً على طلبه، لينفذ التزامه متى كان حسن النية بشرط أن لا يلحق ذلك ضرراً جسيماً بالدائن[2].

والأجل القضائي سنده في الفقه الإسلامي حيث يسمى بنظرة الميسرة، حيث جاء في القرن الكريم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[3].

والقانون المدني الأردني نص على نظرة الميسرة في المادة (403) التي تنص: "إذا تبين من التصرف أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة – حددت المحكمة أجل الوفاء مراعية موارد المدين الحالية والمستقبلية، ومقتضية منه عناية الحريص على الوفاء بالتزاماته"، والقانون الكويتي نص عليها في الماده (2/410) مدني، كما عالجتها أيضاً المادة

---

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/656، هيئة خماسية، تاريخ 2006/8/1م، منشورات مركز عدالة.

[2] نزهة، سواسي، مرجع سابق، ص51.

[3] سورة البقرة، الآية 280.

(334) مدني أردني: "1. يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، 2. على أنه يجوز للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجل ضرر جسيم".

يظهر الاختلاف بين الأجل القضائي والأجل القانوني في عدة أوجه، فعلاوة عن مصدره، يظهر الاختلاف في الآثار الذي يرتبها كل منهما وكذلك أسباب الانقضاء، فلو أردنا أن نستعرض المقاصة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام، نجد أن الأجل القضائي لا يحول دون وقوعها، كما يسقط إن قام دائن آخر بمباشرة إجراءات التنفيذ على أموال المدين[1].

ثانياً: ضوابط منح الأجل القضائي:

للقاضي أن يمنح المدين نظرة الميسرة سواء عند رفع دعوى المطالبة بالتنفيذ، أو عند مباشرة الدائن إجراءات التنفيذ بناءً على سند رسمي، وفي كل الأحوال لا تكون هذه السلطة مطلقة، فقد وضع المشرّع عدة ضوابط تحكم القاضي في منح هذا الأجل للمدين، وهذه الضوابط هي:

1. ألا يوجد نص قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة:

إن القاضي وظيفته إخراج النصوص القانونية إلى أرض الواقع من خلال إنزالها على المنازعات التي تتناولها، فهو محكوم بهذه النصوص ويستمد سلطته منها، وعليه إن كان هناك نصوص تقضي بعدم منح هذا الأجل، كان على القاضي الامتناع عن إعطائه للمدين احتراماً للقواعد القانونية، فهو مقيد بنصوص ملزمة تمنعه من الخروج عن مضمونها، ومثال ذلك ماجاء في الماده (1/56) من قانون التجاره الأردني، والماده (484) من قانون التجاره الكويتي، والتي تتعلق بعدم جواز منح المدين بورقة تجارية أجلاً للتنفيذ.

2. أن تستدعي حالة المدين منحه الأجل القضائي:

يجب لكي يعطي المدين أجلاً قضائياً أن تستوجب حالته ذلك، وتنص المادة (2/334) مدني أردني، والماده (2/410) مدني كويتي على هذا الشرط بالقول: "... إذا استدعت حالته ذلك ...". والمقصود هنا بحالة المدين هي الظروف التي تستدعي منح هذا الأجل، لأن القصد منه هو مصلحة المدين، لذا يجب أن يكون المدين حسن النية في عدم الوفاء بالتزامه ولا يكون متعمد، وذلك بأن يكون حظه العاثر هو الذي منعه من تنفيذ الالتزام، كما أن المدين إن كان

---

[1] الحياري، إيمان (2012). أحكام الأجل في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة عمان الأهلية، الأردن، ص64.

معسراً لا يمنح نظرة ميسرة لأنها غير ذات جدوى ما دام معسراً [1]،، بل لا بدّ أن يكون ذا ملاءة مالية تكفي إيفاءه بالالتزام، بمعنى أن يكون صاحب أموال ولكن لا يمكنه مؤقتاً بيع ما لديه أو لديه موارد تحل في مواعيد محددة كريع أو أجرة عمل[2].

3. ألا يلحق الدائن من منح الأجل القضائي ضرر جسيم:

وهذا الشرط يلزم القاضي بإجراء موازنة بين مصلحة المدين من الحصول على الأجل القضائي ومصلحة الدائن من حيث الأضرار التي ستلحقه من هذا الأجل، فإن كان الضرر الذي يلحق الدائن أكبر من مصلحة المدين، عندها كان على القاضي الامتناع عن إعطاء المدين هذه النظرة، دفعاً للضرر الأشد بالضرر الأخف[3].

4. أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي أجلاً معقولاً:

يجب على القاضي عند منحه مهلة للمدين أن يراعي الظروف التي استدعت هذه المهلة، ويكون الأجل فرصة للمدين للوفاء بدينه، ولا يجوز أن تكون المهلة لمدة طويلة تؤثر بالدائن وتلحق به خسارة.

وبعد بحث القاضي للتأكد من توافر الضوابط السابقة عندها يمكنه منح المدين أجلاً قضائياً. "والأمر في النهاية يرجع إلى تقديره فهو الذي ينظر حتى بعد توافر هذه الضوابط إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين نظرة الميسرة، وتقديره في ذلك تقدير نهائي"[4].

ننتهي مما سبق، بأن هذه الضوابط تمنح القاضي الأجل القضائي للمدين بمناسبة دعوى التنفيذ، كما تعطيه سلطة منح هذا الأجل بمناسبة دعوى الفسخ، فهي ضوابط عامة.

الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في منح الأجل القضائي:

يلاحظ أن سلطة القاضي في هذا المجال تتمثل في عدة حالات، هي[5]:

الحالة الأولى: وهي تتمثل باتفاق أطراف الالتزام على موعد معين لتنفيذ المدين للالتزام، ولكن وبحلول الميعاد أخل المدين بالتنفيذ لإعساره.

الحالة الثانية: وهي أن يكون اتفاق الأطراف على تنفيذ الالتزام عند الميسرة أو المقدرة، واختلف الأطراف حول هذا الموضوع، هنا يتدخل القاضي ليحدد ميعاد معين يحل فيه الأجل.

---

[1] عبد الرضا والنكاس، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص269-270.

[2] السلايطه، غازي، مرجع سابق، ص212.

[3] أبو الليل، إبراهيم، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص83.

[4] عبد الرزاق، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص783.

[5] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص784-785.

الحالة الثالثة: وتتمثل في حالة الإخلال الذي يصدر من أحد العاقدين عند تنفيذ الالتزام في العقود الملزمة للجانبين عند طلب الفسخ من المتعاقد الذي تضرر من هذا الإخلال صراحة أو ضمناً بمناسبة الدعوى المقدمة للقضاء حول ذلك، حيث يجب أن تتوافر في هذه الحالة شروط الفسخ، عندها يمنح القاضي أجلاً قضائياً للمدين ليتمكن من الوفاء بالتزاماته.

يتبين مما سبق، أن إعطاء نظرة الميسرة تكون عند طلب الدائن الوفاء بالالتزام المؤجل أو عند رفع دعوى التنفيذ، وأيضاً عند طلب الفسخ إن توافرت شروطه، ونفرق في أن الحالة الأولى يستفيد من هذه المهلة المدين المعسر، على أن الحالة الثانية يمكن أن يستفيد من هذا الأجل أي من المتعاقدين، وسأبحث هاتين الحالتين تباعاً.

أولاً: سلطة القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ:

إن القاضي عليه أن يتحقق عند طلب الأجل القضائي من توافر الضوابط المذكورة سابقاً، وبعد التأكد يكون له السلطة في إعطاء هذا الأجل أم لا، فليس ثمة ما يلزم القاضي عند توافر هذه الضوابط بإعطاء الأجل، فغاية الأمر هو أن القاضي يبحث عن دواعي تستلزم إعطاء المهلة المطلوبة، فمتى رأى أنها متوافرة أعطيت لمن طلبها، وتقديره في هذه الحالة تقدير نهائي لا يخضع لرقابة محكمة التمييز بهذا الشأن.

ولكي يحصل المدين على أجل قضائي يجب أن يطلبه من القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ، أو عند مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ بموجب سند رسمي، ففي هذه الحالة يطلب المدين الأجل عند نظر القاضي للنزاع، كما للقاضي أن يمنح المدين أجل للوفاء بالتزامه من تلقاء نفسه[1].

وفي الحالة الثانية لا يمكن للمدين أن يطلب أجل قضائي في دعوى مقامة عليه، ولكن يمكنه أن يقدم استشكال من التنفيذ ويطلب نظرة الميسرة من قاضي الأمور المستعجلة.

ويقوم قاضي الأمور المستعجلة بالتأكد بعد طلب المدين من توافر ضوابط الأجل القضائي، وظروف المدين التي تستدعي هذا الأجل، وما يقدمه المدين من ضمانات تثبت جدية التنفيذ عند الأجل، بعد ذلك يمنحه القاضي المهلة.

---

[1] السلايطة، غازي، مرجع سابق، ص 208 – 209.

وإن كان الدائن قد نفذ على المدين بموجب سند رسمي، عليه بعد منح الأجل القضائي أن يتوقف عن التنفيذ، فإن استمر بالتنفيذ وقعت هذه الإجراءات اللاحقة باطلة، مع بقاء صحة الإجراءات السابقة على إعطاء المهلة القضائية[(1)].

وللدائن عند عدم وفاء المدين بالتزامه بحلول الأجل القضائي أن يباشر إجراءات التنفيذ من حيث ما انتهى قبل إعطاء هذا الأجل دون الحاجة إلى إعادة مباشرتها من جديد[(2)].

"ولكن يجوز للدائن أن يتابع الإجراءات التحفظية، كقطع التقادم، وقيد الرهن، وتجديد قيده ونحو ذلك، فإن الأجل الواقف لا يمنع من اتخاذ هذه الإجراءات، فمن باب أولى لا يمنع منها الأجل الممنوح من القاضي"[(3)].

ثانياً: سلطة القاضي بمناسبة دعوى الفسخ:

إن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي، ما لم يتفق المتعاقدين على الفسخ صراحةً دون الحاجة إلى حكم، ويكون على الدائن أن يطلب الفسخ عن طريق دعوى يرفعها متضمنة الطلب، وذلك لأن حكم القضاء يكون منشأ للفسخ وليس كاشفاً عنه في هذه الحالة[(4)].

وعند نظر القاضي لطلب الفسخ تكون أمامه ثلاث خيارات في هذه الحالة، وهي: القضاء بالفسخ، أو منح المدين أجلاً ليقوم بتنفيذ التزامه، فإن القاضي يبحث عن ما يستوجب الفسخ فقد يجيب طلب الفسخ وقد يرفضه، فإن رأى القاضي أن المدين تعمد عدم التنفيذ أو كان ذلك بإهماله الجسيم على الرغم من إنذار الدائن له بالتنفيذ، عندها يتجه إلى الحكم بالفسخ[(5)].

هذا ويرفض القاضي الحكم بالفسخ إن تبين له أن المدين قد نفذ فعلاً جزء من الالتزام الملقى على عاتقه ولم يبقَ منه إلا جزء تافه مقارنة بما تم إنجازه.

وقد يستخلص القاضي من دعوى الفسخ أن المدين كان لديه عذر في عدم تنفيذ الالتزام المتفق عليه أو التأخر فيه، فيقوم بإعطاءه أجلاً ليقوم بالتنفيذ، كما أن القاضي يمنح المدين أجل متى تبين له أن الضرر لم يقع بسبب المدين، بل كان بسبب الدائن، أو كان الضرر الواقع على الدائن بسيط لا يرقى إلى طلب الفسخ، كما أن إعذار الدائن للمدين قبل طلب الفسخ لا يعطل

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص785.

(2) السلايطة، غازي، مرجع سابق، ص213.

(3) أبو الليل، إبراهيم، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص203 وما بعدها.

(4) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص178.

(5) أبو السعود، رمضان، مرجع سابق، ص288 وما بعدها.

سلطة القاضي في إعطاء المدين مهلة للتنفيذ، وعندما يمنح القاضي المدين أجلاً في هذه الحالة ولم يقم بالتنفيذ في الأجل المحدد يكون العقد مفسوخ من تلاقىء نفسه دون الحاجة للحكم بذلك[1].

تجدر الإشارة إلى أن القاضي عند منحه أجل للمدين مراعياً بذلك ظروفه، ليس إلا إعمالاً للقاعدة العامة التي تعطي القاضي سلطة إمهال المدين لتنفيذ التزامه في حالات استثنائية متى استلزمت حالته ذلك، بشرط أن لا يلحق الدائن من الأجل ضرراً جسيماً، وعند تحقق كافة شروط الفسخ ففي هذه يكون الأمر رهن سلطة التقدير، فيقوم بترجيح أحد الحلين وهما: الفسخ أو منح المدين أجلاً لتنفيذ التزاماته، وفي الحالة الثانية يكون القاضي قد عدل بالعقد من خلال منح المدين مهلة قضائية على اختلاف عن ما اتفق عليه الأطراف. "ذلك أن القاضي باستخدامه لهذه السلطة وهي منح المدين أجلاً جديداً يكون قد تدخل في مجال العقد بالتعديل الذي ينصب على مدة التنفيذ المتفق عليها في العقد"[2]، وهذه السلطة تقدير لقاضي الموضوع ولا يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز.

وهذا ما قضت به محكمة التمييز الكويتية من: "أن منح المدين مهلة للوفاء بدينه، أو رفضه مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية"[3].

والأجل القضائي للمدين أن يطلبه من المحكمة، كما لها أن تمنحه إياه دون طلبه، ويعلل الفقه ذلك بالقول: "بأن القاضي ما دام من حقه أن يرفض الفسخ كلية، فإن من حقه من باب أولى أن يمد أجل التنفيذ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل"[4].

ويميز الفقه بين الأجل القضائي الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ وبين الأجل القضائي الذي يمنحه القاضي للمدين في دعوى الفسخ[5].

إن سلطة القاضي في منح الأجل القضائي في دعوى التنفيذ واسعة، فهو يملك أن يمنح المدين أكثر من أجل كلما استدعت حالته ذلك، فعدد المرات التي يمنح فيها القاضي المدين أجلاً غير محدد متروكة لسلطته، مراعياً توافر الشروط القانونية.

وعلى العكس تظهر سلطة القاضي في منح المدين أجلاً في دعوى الفسخ، فهي محدودة غير واسعة، إذ لا يملك أن يمنح المدين سواءً أجلاً واحداً، وقد يكون العقد بعد انقضاء الأجل

---

(1) الجبوري، ياسين، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 472- 487.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص97.

(3) تمييز بالطعن رقم 1981/83، تاريخ 1981/2/3م، منشورات جمعية المحامين الكويتية، العدد الأول، السنة الأولى، ص83.

(4) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص971.

(5) السلايطة، غازي، مرجع سابق، ص208.

دون تنفيذ المدين لالتزامه مفسوخاً من تلقاء نفسه حتى لو لم ينص القاضي على ذلك في حكمه المتعلق بمنح الأجل للمجين، وهذا الفرق سببه أن دعوى التنفيذ تعتبر مؤشر على رغبة الطرفين في الإبقاء على العقد وتنفيذه فيقوم القاضي بوزن مصلحة الطرفين، وله أن يمنح آجالاً متعددة ليحقق هذا التنفيذ الذي يرغب به الأطراف، من منطلق استمرار المعاملات.

وفي دعوى الفسخ يكون إنهاء الرابطة العقدية بفسخ العقد، ففي هذه الحالة يتجنب القاضي الإضرار بمصالح الدائن، وهذا ما يبرر سلطته بإعطاء أجل واحد فقط للمدين.

وأرى أن الفرق بين الأجل القضائي الذي يمنحه القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ والأجل الذي يكون بمناسبة دعوى الفسخ ليس له أي تأثير على حقيقة سلطة القاضي في إعطاء هذا الأجل، وما أظهره الفقه من اختلاف هو في حقيقته اتجه إلى طبيعة الدعوى التي يطلب بها الأجل وليس إحكام الأجل نفسه.

المطلب الثاني: تدخل القاضي إزاء المقاصة والغرامة التهديدية:

سأبحث هذا المطلب في فرعين، أخصص الأول لبيان تدخل القاضي إزاء المقاصة، وأخصص الثاني لدراسة تدخله في فرض الغرامة التهديدية.

الفرع الأول: تدخل القاضي إزاء المقاصة:

"قد يصبح المدين دائناً لدائنه، وبذلك يكون كل منهما وفي الوقت ذاته دائناً ومديناً للآخر، أي أن بين هذين الشخصين التزامين متقابلين، المدين في أحدهما دائناً في الآخر، فبدلاً من أن يقوم كل منهما بالوفاء بدينه للآخر، ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض ماله من حق في ذمة مدينه، ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفى بعض دينه بحقه، وعليه القيام بالوفاء بالقدر الزائد من الدين، وإذا كان الدينان متساويين في المقدار فقد برئت ذمة المدينين، إن سقوط الدين وانقضاءه بهذه الطريقة يطلق عليه اسم المقاصة"[(1)]، وقد عرفت المادة (343) مدني أردني المقاصة بأنها: "إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه".

نصت المادة (344) مدني أردني على أن: "المقاصة إما جبرية وتقع بقوة القانون أو اختيارية تتم باتفاق الطرفين أو قضائية وتتم بحكم المحكمة"، فالمقاصة بموجب نص المادة (344) سالفة الذكر تكون على ثلاثة أنواع: المقاصة القانونية، والمقاصة الاختيارية، والمقاصة القضائية.

[(1)] الجبوري، ياسين، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص115.

لإجراء المقاصة القانونية لا بدّ أن يطلبها من تقررت لمصلحته[1]، فلو توافرت شروطها، لا يمكن أن تتم إلا بعد أن يتمسك بها صاحب المصلحة فهي لا تقع تلقائياً[2].

وعليه إن توافرت شروط المقاصة القانونية لا يمكن للقاضي إيقاعها إلا بطلب ممن له مصلحة فيها، فهو لا يملك إلا التحقق من شروطها وتلبية طلب من له مصلحة بإيقاعها، مما يظهر ضعف سلطته إزاءها، ولئن كان يقع هذا النوع من المقاصة بقوة القانون إلا أنه يتوقف على طلب أحد المدينين أو من له مصلحة في ذلك.

"ومتى ما تم التمسك بالمقاصة القانونية يستوجب على القاضي أن يحكم بها إذا كانت الشروط اللازمة لإيقاعها متوافرة"[3].

ولا يملك القاضي أن يرفض طلب من له مصلحة في إيقاع المقاصة القانونية، وذلك لانعدام سلطته التقديرية في هذا الشأن، "ولهذا يقال بأن المقاصة القانونية تقع بقوة القانون، أي بمعنى أنها لا تقع بحكم القاضي"[4]، "وأن الحكم الصادر عن القاضي لا يعدو أن يكون كاشفاً لها"[5].

وفيما يتعلق بالمقاصة الاختيارية (الاتفاقية) فهي تكون عند تخلف أحد شروط المقاصة القانونية سواء اتحد سبب الدين أم اختلف.

ويقصد بالمقاصة الاختيارية هي التي تقع بإرادة أحد طرفي العلاقة أو إرادتيهما معاً، وتكون عند تخلف أحد شروط المقاصة القانونية، ويجب أن يتنازل الطرف الذي تحقق الشرط المتخلف لمصلحته عنه لتقع المقاصة، بشرط توافر كافة الشروط التي يتطلبها القانون[6]. "مثال ذلك إذا كان أحد الدينين التزاماً طبيعياً والالتزام الطبيعي لا جبر في تنفيذه وبالتالي لا تقع المقاصة قانوناً في هذه الحالة ولكن يجوز لمن تقرر الشرط لمصلحته أن يتنازل عن التمسك به ويصرح في رغبته بإجراء المقاصة"[7]. وفي حالة تقرر الشرط لمصلحة الطرفين يجب الاتفاق على التنازل عنه وإيقاع المقاصة، على أن تتوافر سائر الشروط الأخرى، ومثال ذلك أن يكون الدين مضاف إلى أجل مع استحقاق فوائد عند التأجيل، فالأجل لمصلحة المدين بهذا الالتزام

---

[1] انظر: المادة (350) مدني أردني، والمادة (426) مدني كويتي.

[2] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص 414 ومابعدها..

[3] الجبوري، ياسين، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص131.

[4] الجبوري، ياسين، مرجع سابق، ص131.

[5] الحلالشة، عبد الرحمن، مرجع سابق، ص541.

[6] عبد الرضا والنكاس، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص323.

[7] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص399.

والفائدة لمصلحة الدائن، والأمر يحتاج لاتفاقهما على المقاصة، وتنازل المدين عن الأجل المقرر لمصلحته والدائن يتنازل عن الفائدة كذلك بما يسمح بإجراء المقاصة[1].

ومن ثم يتضح للباحث أن الفرق بين المقاصة الاختيارية والقانونية، في أن الأولى تقع بإرادة أحد الأطراف أو إرادتيهما معاً عند تخلف أحد شروط المقاصة القانونية، وتنازل الطرف الذي يكون هذا الشرط مقرراً لمصلحته، وتتفق في أن القاضي لا يملك سلطة رفض إجراءها عند طلب أحد الأطراف أو كلاهما، كما ليس للقاضي أن يوقعها من تلقاء نفسه حتى لو توافرت شروطها واستخلص القاضي من ظروف الدعوى أن الأطراف قد اتجهت نيتهما إلى إيقاعها، وذلك لأن المقاصة الاختيارية لا تتعلق بالنظام العام، وإنما هي مقررة لمصلحة الأطراف لهم إجراءها متى ما أرادوا ذلك، كما لا يملك القاضي رفض الحكم بالمقاصة الاختيارية إن طلبها الأطراف أو أحدهم حسب الأحوال، فحكم القاضي لا يعدّ وكونه كاشفاً في هذه الحالة.

وفيما يتعلق بالمقاصة القضائية، فإنها تقع عندما يكون هناك دينين متقابلين ويتعذر على المدعي عليه اللجوء إلى المقاصة القانونية، كما لا يمكنه طلب المقاصة الاختيارية[2].

ونصت المادة (347) مدني أردني على أنه: "تتم المقاصة القضائية بحكم من المحكمة إذا توافرت شروطها وبطلب أصلي أو عارض".

يتضح من النص السابق، أن سلطة القاضي تجاه المقاصة القضائية محكومة بضوابط قانونية عليه مراعاتها عند ممارسة سلطته، وهي:

أولاً: أن تتوافر شروط إجراء المقاصة القضائية:

إن المقاصة القضائية كما ذكرنا سابقاً تكون عندما يتعذر على المدعى عليه اللجوء إلى المقاصة القانونية أو الاختيارية، فلا بدّ لكي يلجأ لهذا النوع من المقاصة أن يتخلف أحد شروط المقاصة القانونية، وهو: خلو الدين من النزاع[3]. "أما الشروط الأخرى كتقابل الدينين، وصلاحيتهما للمطالبة بهما قضاء، وقابليتهما للحجز، واستحقاقهما للأداء، فلا بدّ من توافرها جميعاً لإمكان طلب إيقاع المقاصة القضائية، فلو أن هذه الشروط جميعها توافرت، ولكن دين المدعى عليه كان متنازعاً فيه، أي أنه غير معلوم المقدار، كالحق في التعويض عن الضرر"[4]، في هذه الحالة يتجه المدعى عليه المقاصة القضائية، فيطلب من القاضي، أثناء نظره للدعوى، أن يحدد مقدار الدين للمدعى عليه، ومن ثم يجري القاضي المقاصة القضائية،

---

(1) الجبوري، ياسين، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص140-141.

(2) الجبوري، ياسين، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص136.

(3) أبوالليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص398.

(4) الجبوري، ياسين، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص136 – 137.

ومثال أن المدعي طالب المدعى عليه بدين محدد المقدار بموجب سند مكتوب، فادعى المدعى عليه أن له أيضاً في ذمة المدعى دين يتمثل بالتعويض عن ضرر، وطلب إيقاع المقاصة بين الدينين، وثار خلاف حول التعويض ولم يقربه المدعي، أو أقرّ به ولكن احتج بأنه دين غير معلوم المقدار، ففي هذه الحالة لا يمكن للمدعى عليه طلب المقاصة القانونية لعدم توافر شروطها، كما لا يستطيع أن يتجه إلى المقاصة الاتفاقية لأن الشرط المتخلف يتطلب نزول المدعى عنه أيضاً، ففي هذه الحالة على المدعي عليه الاتجا إلى المقاصة القضائية[1].

ثانياً: أن المقاصة القضائية تكون في صورة دعوى يقيمها المدعى عليه أمام القضاء، فهي تحتاج إلى دعوى أصلية أو طلب عارض (دعوى متقابلة) ليحكم بها القاضي[2]:

وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أنه: "المقاصة القضائية لا تكون إلا في صورة دعوى أمام القضاء، وهي إما أصلية يصار إلى ضمنها وتوحيدها مع دعوى الدائن الأصلي، أو متقابلة لدعوى الدائن الأصلي"[3]. كما قد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه: "يشترط لإجراء المقاصة القضائية أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو في صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه رداً على دعوى خصمه الأصلية"[4].

إن المقاصة القضائية تستلزم أن يطلبها المدعي عليه من القضاء وهذا سبب تسميتها بهذا الاسم لتتميز عن المقاصة القانونية والاختيارية.

وللمدعى عليه أن يطلب إجراء المقاصة القضائية بصورة طلب عارض، وفي هذه الحالة للقاضي سلطة في قبوله أو رفضه، فمتى رأى أن الدعوى غير واضحة أو ليس لها أساس، له أن يرفض الطلب العارض ويقتصر النظر في الدعوى الأصلية (دعوى المدعي)، وعندها للمدعى عليه أن يرفع دعوى أصلية بالدين الذي له في ذمة المدعي. وقد يرى القاضي أن الدعوى معقدة على الرغم من وجود أساس لها ولكنها تتطلب إجراءات طويلة وستأخذ مدة مما يأخر الفصل في الدعوى الأصلية، فيرفض ضم الدعوى العارضة مع الدعوى الأصلية على أن يفصل فيها في وقت لاحق، أو يقدر القاضي أن من الممكن الفصل في الدعوتين فيقوم بنظرهما معاً، أو يقوم برفضهما معاً أو قبولهما معاً، أو يرفض أحدها ويقبل الأخرى، فالذي ينظر إليه القاضي هو جدية الدعوى والتي تظهر من الأدلة التي يقدمها الخصوم، "أما إذا قبل القاضي الدعوى الأصلية والدعوى العارضة، فبعد أن يفض المنازعة بشأن الدين الذي يدعيه

---

(1) الجبوري، ياسين، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص143.

(2) مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص808.

(3) انظر: تمييز حقوق رقم 79/37، وتمييز حقوق رقم 90/867، ورقم 91/440 (منشورات مركز عدالة).

(4) تمييز بالطعن رقم 91/198، تاريخ 1991/3/24م، منشورات جمعية المحامين الكويتية.

المدعى عليه في مواجهة المدعي، أو بعد أن يقوم القاضي بتعيين مقدار الدين، فإنه يوقع المقاصة القضائية بين الدينين، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما إذا كانا غير متساويين، وينقضيان كلهما إذا كانا متساويين في مقدارهما، وذلك كما في المقاصة القانونية"[1].

والحكم الذي يصدره القاضي في المقاصة القضائيه حكم منشئ وليس كالحكم الذي يصدره في المقاصة القانونية والاختيارية، فهنا يكون حكمه كاشفاً، وفي هذا الشأن يقول الفقيه السنهوري: "وحكم القاضي هو الذي ينشئ المقاصة القضائية، ومن ثم لا تقع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها، لا من وقت رفع الدعوى العارضة، لأن الحكم هنا منشئ وليس كاشفاً، وفي هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التي تقع من وقت تلاقي الدينين، والمقاصة الاختيارية "الاتفاقية" التي تقع من وقت إعلان الإرادة في إجرائها"[2].

إن إجراء المقاصة القضائية بين الدينين لا تقع إلا بعد حكم القاضي فهو ينشئ بهذا الحكم المقاصة على خلاف المقاصة القانونية التي تكون واقعة منذ توافر شروطها ويأتي حكم القاضي هنا كاشفاً للمقاصة وليس منشأً. وليس هناك ما يمنع إجراء المقاصة القضائية وإن كان الدين مؤجل بناءً على نظرة ميسرة من المحكمة أو تبرع بها الدائن ذلك أن شرط جواز التنازل عنه لمن تقرر لمصلحته وإيقاع المقاصة القضائية بعد ذلك، وهذا ما نصت عليه الماده (1/425) مدني كويتي.

الفرع الثاني: تدخل القاضي في فرض الغرامة التهديدية:

إن الالتزام الذي ينشأ عن العقد يكون واجب النفاذ فوراً، فإن لم يقم المدين بتنفيذه طواعية، جاز للدائن أن يجبره على الوفاء.

وهذا ما يؤكده نص المادة (355) من القانون المدني الأردني بأن: "1. يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ ما التزمه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً، وأيضاً نص الماده (1/280) مدني كويتي بقولها:" 1.إذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره، نفذ جبرا عليه ".

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "يستفاد من المادة (1/355) من القانون المدني أن المدين يجبر على تنفيذ ما التزم به تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً ولما كان تنفيذ الالتزام عيناً في تسليم المأجور أمراً ممكناً وليس هناك ما يجعله متعذراً، فإن الحكم على المدعى عيه بمنع معارضته للمدعي في إشغال المأجور يتفق والقانون ..." [3].

---

(1) الجبوري، ياسين، مرجع سابق، ص138.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص942.

(3) تمييز حقوق رقم 1998/2755 (هيئة خماسية)، تاريخ 2000/1/24م، منشورات مركز عدالة.

والتنفيذ العيني الجبري يعني وفاء المدين بالتزامه عيناً، وهو الأصل[1].

لم ينظم المشرّع الأردني الغرامة التهديدية بإفراد أحكام خاصة تعالجها ضمن نظرية الالتزامات الواردة في الباب الثاني من القانون المدني، واكتفى بالإشارة إليها ضمناً في المادة (360) من القانون ذاته وتحت موضوع "التنفيذ بطريق التعويض"، كما أشار إليها في المادة (961) من القانون المذكور تحت موضوع "أحكام الكفالة بالنفس"، ويلاحظ أن المشرّع الأردني قد أشار إلى هذه الغرامة في المادة (33) من قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966م حيث نصت على فرض غرامة على التاجر الذي يخل بأحكام القيد في السجل التجاري، وهذه المادة قد أوقعت المشرّع الأردني بتناقض، ذلك أن هذه الغرامة لا تفرض بنص القانون بل تتولى المحكمة المختصة الحكم بها وتحديد مقدارها، وعلى خلاف موقف المشرّع الأردني يأتي المشرّع الكويتي بنظام قانوني متكامل للغرامة التهديدية، حيث نصت المادة (292) بأن: "1. إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يطلب الحكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك، 2. وإذا رأت المحكمة أن مقدار الغرامة المحكوم بها غير كاف لحمل المدين على التنفيذ جاز لها أن تزيد في الغرامة كلما رأت داعياً للزيادة، 3. إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على عدم التنفيذ، حددت المحكمة مقدار التعويض الذي يلم به المدين عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين".

والسؤال الذي يثور هنا: ما سلطة القاضي إزاء الغرامة التهديدية؟

للإجابة على هذا السؤال، لا بدّ للباحث من بيان مفهوم الغرامة التهديدية وضوابط الحكم بها، ومن ثم بيان نطاق وصور سلطة القاضي إزاءها، وسأبحث هذه المسائل تباعاً.

أولاً: مفهوم الغرامة التهديدية:

هناك تعريفات عديدة للغرامة التهديدية، وإن كانت كلها تتضمن نفس الفكرة، فقد عرفها بعض الفقه القانوني[2] بأنها: "وسيلة من وسائل ضمان التنفيذ العيني، وهي وسيلة مالية تهدف إلى الضغط على شخص المدين بغية حمله على تنفيذ التزامه عيناً في مدة معينة".

كما عرفها البعض الآخر[1] بأنها: "وسيلة غير مباشرة للقسر، وتنتج عن الحكم على المدين بدفع مبالغ نقدية مرتفعة ومتعاظمة لا تتناسب البتة والضرر الذي يسببه المدين إلى دائنه

---

[1] العدوي، جلال علي (1986). أحكام الالتزام – دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، ص127.

[2] السنهوري، عبد الرزاق، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص807؛ والفار، عبد القادر، مرجع سابق، ص76.

في الالتزام، وأن هذه المبالغ بوصفها محددة بمدة زمنية، تبقى واجبة الأداء حتى التنفيذ العيني وتكون بطلب من الدائن".

ويعرفها جانب آخر من الفقه[2] بأنها: "مبلغ مالي يحكم به القاضي على سبيل التهديد عن كل فترة زمنية كيوم، أو أسبوع، أو شهر، بقصد إجبار ودفع المدين على تنفيذ حكم القضاء بالتنفيذ العيني".

إذاً يتضح أن الغرامة التهديدية عبارة عن مبلغ يحكم به القاضي على المدين لإرغامه على تنفيذ التزامه عيناً، وتكون هذه الغرامة على أساس مدة زمنية محددة (يوم، أو أسبوع، أو شهر، أو أية وحدة زمنية أخرى)، ويكون إيقاع هذه الغرامة بناءً على طلب الدائن.

ثانياً: ضوابط الحكم بالغرامة التهديدية:

يلاحظ من استقراء المادة (292) مدني كويتي أنه يلزم لفرض الغرامة التهديدية على المدين الذي أخل بتنفيذ التزامه توافر ثلاث ضوابط، هي:

أولاً: عدم تنفيذ المدين لالتزام يثقله ويمكنه تنفيذه عيناً.

ثانياً: أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه.

ثالثاً: أن يطلب الدائن الحكم على المدين بالغرامة التهديدية.

وأبينها تباعاً.

1. عدم تنفيذ المدين لالتزام يثقله ويمكنه تنفيذه عيناً:

يشترط للحكم على المدين بالغرامة التهديدية أن يكون مثقل بالتزام ولم يقم بتنفيذه، فيحكم عليه بها لإرغامه على التنفيذ، فإن انتفى الالتزام فلا يمكن حينها الحكم عليه بالغرامة، "لذلك لا يجوز الحكم على أحد الخصوم بغرامة تهديدية لحمله على الحضور إلى المحكمة، كذلك لا يجوز الحكم بغرامة تهديدية على المتهم في جريمة جنائية لإجباره على الأخبار عن شركائه"[3].

---

(1) انظر في هذا التعريف: أبو سعد، محمد شتا (1996). المشكلات العملية في التنفيذ العيني للالتزام والغرامة التهديدية والإكراه البدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص245؛ وعبد الدائم، أحمد (2003). شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، منشورات جامعة حلب، ط1، ص68؛ والجبوري، ياسين، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص192.

(2) الذنون، حسن والرحو، محمد (2004). الوجيز في النظرية العامة للإلتزام – دراسة مقارنه، دار وائل، عمان، ط1، ص87.

(3) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص32.

ولا يتوقف الأمر على وجود التزام في ذمة المدين ولم يقم بتنفيذه، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الالتزام من الممكن تنفيذه عيناً، فإن كان تنفيذه مستحيلاً عندها لا يمكن الحكم بالغرامة لعدم فائدتها في هذه الحالة[1].

2. أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه:

ينبغي للحكم بالغرامة التهديدية، أن يتطلب تنفيذه الالتزام عيناً تدخل المدين بشخصه، وإلاكان غير ممكناً أو غير ملائم، فإن كان من الممكن تنفيذ الالتزام عيناً دون تدخل المدين عندها لا حاجة للحكم عليه بالغرامة التهديدية[2].

وتكون الالتزامات التي يعتبر فيها شخص المدين محل اعتبار في الغالب في الالتزام بالقيام بعمل معين، ومثال عليها التزام الطبيب بإجراء عملية جراحية دقيقة، أو التزام المطرب بإحياء حفل غنائي، ففي هذه الأمثلة لا يمكن الاستغناء عن شخص المدين لتنفيذ الالتزام لأن شخصه محل اعتبار فال يكون التنفيذ عيناً ملائماً إلا بتدخله شخصياً[3].

أما إن كان الالتزام يتمثل في الامتناع عن القيام بعمل، فدور الغرامة هنا هو منع تكرار هذا العمل في المستقبل[4].

وفي الالتزام بنقل حق عيني، لا يحتاج إلى تدخل المدين لتنفيذ التزامه عيناً، ففي هذه الحالة يمكن تنفيذ الالتزام تنفيذاً ملائماً دون تدخل المدين، حيث يكون بحكم القانون، وعندها لا حاجة لأن يحكم القاضي على المدين بغرامة تهديدية، بل يقوم بإصدار حكم يؤدي إلى تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً.

3. طلب الدائن الحكم على المدين بالغرامة التهديدية:

قيدت المادة (292) مدني كويتي سلطة القاضي بالحكم على المدين بالغرامة التهديدية، فهو يحكم بها بناءً على طلب الدائن، إذاً فهو أمر جوازي للدائن له طلبه متى توافرت الضوابط المذكورة سابقاً.

وأرى أن تقييد سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية على المدين بطلب بالدائن أمر غير ضروري، ذلك أن القاضي هنا يعمل على تحقيق فاعلية تنفيذ الالتزام الذي اتفق عليه الأطراف عيناً، وله أن يلجأ إلى كافة الوسائل لضمان التنفيذ دون طلب الدائن، ومن هذه الوسائل الغرامة التهديدية.

---

(1) عبد الرضا والنكاس، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص32.

(2) الحلالشة، عبد الرحمن، مرجع سابق، ص79.

(3) الجبوري، ياسين، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص202.

(4) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص33.

إن طلب الدائن من القاضي إلزام المدين بتنفيذ التزامه عيناً والحكم عليه بغرامة تهديدية، يخضع هذا الطلب إلى تقدير القاضي فينظر إلى ظروف الدعوى، وبعدها له أن يجيب الدائن إلى طلبه أو لا، ولا تخضع سلطته لرقابة محكمة التمييز في هذا الصدد(1).

ثالثاً: سلطة القاضي في الحكم بالغرامة التهديدية:

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بإصدار حكم الغرامة التهديدية وتقدير ملاءمة الغرامة، وكذلك تحديد نصابها وبدء سريانها، وسأوضح مظاهر هذه السلطة تباعاً.

1. سلطة القاضي في تقدير ملاءمة الغرامة التهديدية:

إن الدائن حين يقدم طلب الحكم بالغرامة التهديدية على المدين، فإن الأمر يخضع لسلطة القاضي التقديرية، فتشمل هذه السلطة قبول الطلب متى رأى ملاءمته وجدواه أو رفضه إن رأى عدم فاعليته في إجبار المدين على تنفيذ ما التزم به عيناً، ولا يلزم القاضي في هذه الأحوال على تسبيب الحكم الذي يقضي به سواء بقبول الطلب أو رفضه، كما لا يخضع لرقابة محكمة التمييز في هذا الشأن(2).

وهذا ما قضت به محكمة التمييز الكويتية بأن: "عناصر التقدير تحدد للمحكمة فيما إذا كانت ترى فرض الغرامة التهديدية أم لا، عملاً بمبدأ سلطتها التقديرية في الموضوع، مما يخرج بالتالي عن رقابة محكمة التمييز"(3).

2. سلطة القاضي في تحديد نوع الغرامة التهديدية:

تنقسم الغرامة التهديدية إلى نوعين: الغرامة التهديدية المؤقتة، والغرامة التهديدية القطعية، فما سلطة القاضي إزاء كل منهما، هل هي سلطة مطلقة أم لا؟

إن سلطة قاضي الموضوع التقديرية تختلف بين الغرامة التهديدية المؤقتة والغرامة التهديدية القطعية، إذ في الأولى له سلطة أوسع، فيمكنه أن يعدل عليها سواء بالزيادة أو النقصان، وله أيضاً أن يلغيها تماماً، أما سلطته تجاه النوع الثاني تبدو أضيق فهي مقيدة بأمرين: الأمر الأول أن القاضي لا يملك أن يعيد النظر في الغرامة التهديدية القطعية إلا لسبب أجنبي، أما الثاني لا يجوز له الحكم بها إلا بشرطين: أن يسبق الحكم بالغرامة التهديدية القطعية صدور

---

(1) مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص608.

(2) الذنون، حسن و الرحو، محمد، مرجع سابق، ص88.

(3) تمييز بالطعن رقم 98/1330، تاريخ 1998/10/24م، منشورات جمعية المحامين الكويتية.

حكم بالغرامة التهديدية المؤقتة، وأن يعين القاضي فترة زمنية محددة لسريان الغرامة التهديدية القطعية[1].

3. سلطة القاضي في تحديد مقدار الغرامة التهديدية:

إن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مقدار الغرامة التهديدية، فيمكنه أن يحددها بصورة جزافية، أو يحددها بناءً على وحدة زمنية محددة، كما له أن يجعل مبلغ الغرامة يزيد تلقائياً في كل مرة يرى تعنتاً من المدين الممتنع عن التنفيذ[2].

وفي الغالب ما يحدد القاضي مبلغ الغرامة التهديدية بشكل كبير يفوق الضرر الذي أصاب الدائن، والهدف هو حمل المدين وإجباره على التنفيذ.

والقاضي عند تحديده مبلغ الغرامة التهديدية فهو يراعي أن يجعلها متناسبة مع الضرر، لأنه يعلم بأنه لا يمكن أن يعدل عليها إلا لسبب أجنبي، إذاً يجب أن يجعل الغرامة متناسبة مع الضرر، لتنتج الغرض المراد منها، كما عليه أن يراعي جسامة الخطأ الواقع جرّاء عدم التنفيذ، وذلك لتجنب الإثراء الذي سيصيب الدائن بلا سبب على حساب المدين الذي سيدفع مبالغ مالية كبيرة[3].

وفي تقدير القاضي للتعويض المستحق للدائن سواء عن التأخير في التنفيذ أو عن عدم التنفيذ، فإن القاضي يراعي ليس فقط ما لحق الدائن من ضرر، وإنما أجازت المادة (292) مدني كويتي أن يراعي العنت الذي بدا من المدين سواء في امتناعه عن التنفيذ كلية أو في تأخيره في هذا التنفيذ، لذلك يجوز للقاضي أن يحكم للدائن بتعويض يزيد عن قيمة الضرر الذي لحقه، وعندئذ يكون للغرامة التهديدية فيما زاد عن الضرر الذي لحق الدائن أثر جزائي أو تعويضي مقابل عنت المدين"[4].

4. سلطة القاضي في تحديد مدة الغرامة التهديدية:

---

[1] أبو سعد، محمد شتا، مرجع سابق، ص332.

[2] أبو الليل، إبراهيم، أحكام إلتزام، مرجع سابق، ص35.

[3] حبيب، عادل (2005). التنفيذ العيني للإلتزامات العقدية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1، ص452.

[4] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص36.

فيما يتعلق بمدة الغرامة التهديدية الوقتية، فإن قاضي الموضوع له سلطة في تحديدها أكثر من الغرامة التهديدية القطعية، فهو قد يحددها بمدة معينة أو يزيد فيها وفقاً لما تستدعي الظروف، كما قد يحكم بها لمدة غير محددة[1].

أما فيما يخص الغرامة التهديدية القطعية، فإن القاضي يستوجب عليه أن يعين مدة زمنية محددة لسريانها، ولا يملك الحق بإعادة النظر فيها بالزيادة أو النقصان، كما لا يملك مراجعتها عند التصفية إلا لسبب أجنبي[2].

5. سلطة القاضي في تحديد بدء سريان الغرامة التهديدية:

يرى جانب من الفقهبأن تحديد بدء سريان الغرامة التهديدية أمر متروك لسلطة قاضي الموضوع التقديرية ولا يشترط تبليغ الحكم لبدء سريانها[3]، ويرى جانب فقهي آخر[4] بأن الصحيح هو العكس وهو أن تبليغ الحكم يعتبر شرط لبدء سريان الغرامة التهديدية، فلسلطة القاضي مقيدة بهذا التبليغ.

وأرى أنه لا بدّ من التفرقة بخصوص هذه المسألة بين حالتين:

الحالة الأولى: عدم صدور حكم في الموضوع، ففي هذه الحالة يحدد القاضي وفقاً لسلطته التقديرية بدء سريان الغرامة التهديدية، على أن لا ترتب آثارها إلا بعد أن يصبح الحكم قابلاً للتنفيذ.

الحالة الثانية: أن يكون قد صدر حكم في الموضوع، وأصبح قابلاً للتنفيذ، ففي هذه الحالة يملك القاضي سلطة مطلقة في تحديد بدء سريان الغرامة التهديدية ولو من يوم صدورها.

6. سلطة القاضي إزاء مصير الغرامة التهديدية:

خرج المشرّع الكويتي عن الأصل الذي يخرج مسلك المدين عند النظر في تقدير مبلغ الغرامة التهديدية، والنظر فقط إلى الضرر الذي أصاب الدائن من عدم التنفيذ أو التأخير فيه عند تحديد مبلغ الغرامة، فهو أعطى القاضي في المادة (292) سلطة إن رأى من المدين عنت في التنفيذ أن يزيد مبلغ الغرامة، وإن قام المدين بالتنفيذ العيني عندها يقدر القاضي مبلغ الغرامة فقط بالنظر إلى الضرر الذي أصاب الدائن، وإن رفض المدين التنفيذ، أو ظل ممتنعاً لمدة طويلة عندها يحكم القاضي بزيادة الغرامة التهديدية، وهذا الاستثناء الذي منحه المشرّع الكويتي

---

[1] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص35.

[2] حبيب، عادل، مرجع سابق، ص361.

[3] عبد الرضا، والنكاس، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص238.

[4] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص440.

للقاضي يساعد في إجبار المدين على تنفيذ التزاماته، فهو يعلم – أي المدين – أن التراخي في التنفيذ يؤدي لزيادة الغرامة التهديدية، فيبادر إلى آلية تجنباً لما يلحقه من زيادة على مبلغ الغرامة، وأتمنى من المشرّع الأردني أن يقوم بتنظيم الغرامة التهديدية بنصوص قانونية متكاملة كما فعل المشرّع الكويتي[1].

وبناءً على ما سبق، يلخص القول: بأن سلطة القاضي تجاه الغرامة التهديدية تمتاز بالخصائص الآتية:

1. أن حكم القاضي بالغرامة التهديدية لا يعتبر حكماً نهائياً، فهو لا يكون واجب التنفيذ على أحوال المدين، ولا يجوز حجية الأمر المقضى به.
2. أن القاضي يملك زيادة مبلغ الغرامة التهديدية بإعادة النظر فيها متى تبين له أنها لم تجبر المدين على التنفيذ، فهو يقوم بالزيادة عليها كلما دعت الحاجة لذلك.
3. إن القاضي يقدر الغرامة التهديدية الذي يحكم بها على المدين بعد بحثه في الموضوع سواء عن تأخيره في تنفيذ الالتزامات التي عليه أو عدم تنفيذه إياها، إذ إن القاضي تدخل في سلطته تصفية الغرامة المحكوم بها على المدين متى اتخذ موقفاً نهائياً.

---

(1) حبيب، عادل جبر، مرجع سابق، ص465.

المطلب الثالث: تدخل القاضي إزاء فسخ العقد وتفسيره:

ونستكمل ما بدأنا، فيما يتعلق بالآثار القانونية لتدخل القاضي في العقد سواء من ناحية التعديل أو الإنهاء، نتناول في هذا المطلب سلطة القاضي تجاه فسخ العقد وتفسيره، ولكي يظهر الموضوع بشكل واضح، سوف أقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول تدخل القاضي إزاء فسخ العقد، وفي الفرع الثاني تدخله إزاء تفسير العقد، وسأقتصر عند البحث في هذين الفرعين على القدر المفيد الذي يظهر سلطة القاضي إزاء الفسخ والتفسير.

الفرع الأول: تدخل القاضي إزاء فسخ العقد:

"الفسخ هو الجزاء المترتب عن عدم قيام أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه في العقود الملزمة للجانبين مع استعداد طالب الفسخ على تنفيذ ذلك الالتزام، والفسخ كثير الوقوع في الحياة العملية فهو من أهم المواضيع الحيوية في القانون، لذا فإنه من الضروري معرفة سلطة القاضي إزاء الفسخ بأنواعه المختلفة والحكم الذي يفرضه القانون على كل نوع من أنواع الفسخ، فالفسخ قد يكون قضائياً وقد يكون فسخاً اتفاقياً وقد يكون الفسخ بحكم القانون (الانفساخ)"[1]. لذلك سأبحث في سلطة القاضي إزاء كل نوع من هذه الأنواع الثلاثة من الفسخ.

أولاً: الفسخ القضائي:

نظمت المادة (246) مدني أردني الفسخ القضائي، إذ نصت على أنه: "1. في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، 2. ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى أجل مسمى، ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى"، كما عالجة المشرع الكويتي في الماده (209).

في ضوء النص السابق، وغيره من النصوص القانونية المتعلقة بموضوعنا، سأقوم بدراسة الفسخ القضائي من خلال إيضاح مجاله، وشروطه، ودعواه، ومن ثم سأبين سلطة القاضي إزاء طلبه.

1. مجال الفسخ القضائي:

الفسخ هو جزاء لعدم التنفيذ، ويكون في الالتزامات الملزمة للجانبين، على اعتبار أن هذا النوع من الالتزامات هو الذي يتحقق معه الترابط والتقابل التي تفرضه على طرفيها، فإن

---

(1) حبيب، عادل جبر، مرجع سابق، ص488.

المبدأ العام هو أن الالتزامات الملزمة للجانبين تكون عرضة للفسخ متى أخل أحد الأطراف بأحد التزاماته[1].

إن عقد البيع وعقد الهبة بعوض يخضع لنظام الفسخ، كما أن العقد الملزم للجانبين يخضع للفسخ ولو كان احتمالياً، كعقد التأمين، وعقد المرتب لمدى الحياة ما دام كان بعوض[2].

والعقود الكاشفة أو المقررة لا يرد عليها نظام الفسخ، كعقد الصلح، فهو يحسم نزاع حول حق معين، ولكن إن أنشأ هذا العقد التزامات جديدة، أصبح من الممكن أن يرد عليه نظام الفسخ، وإن حكم القاضي هنا بالفسخ كان أثره رجعياً وأصبح الصلح كأن لم يكن[3].

أما فيما يتعلق بالعقود الملزمة لجانب واحد، مثل الهبة بدون عوض، والكفالة المجانية، وعقد الوديعة، فهي لا تخضع لنظام الفسخ، وذلك لعدم تحقق التزامات متقابلة، ففي هذا النوع لا يكون من مصلحة الطرف الآخر إن أخل الملتزم بالتزاماته أن يطلب الفسخ بل على العكس مصلحته تكون بطلب تنفيذ الالتزام[4].

والفسخ من الممكن استبعاده إن ثبت عدم جدواه، فعندما يخل الناقل بسلامة الراكب، عندها لا جدوى من طلب الفسخ، بل الطريق الصحيح هو اللجوء إلى التعويض، كما أن التنازل عن الحق في الفسخ مقدماً جائز، على أن يكون هذا النزول صراحة دون أن يعتريه غموض[5].

وإن كان الفسخ جزاء لعدم تنفيذ العقد، فالتنفيذ هنا يشمل الالتزامات التي قصدها الأطراف حين أبرم العقد، بالإضافة إلى ما ينص عليه القانون، وأيضاً مستلزمات العقد، وذلك كما سبق توضيحه عند التحدث عن تنفيذ العقد في مقدمة المبحث الثاني من هذا الفصل.

2. شروط الفسخ القضائي:

إذا تحقق مجال الفسخ على نحو ما تقدم بيانه، فيتعين للحكم توافر خمسة شروط، هي:

الشرط الأول: يجب أن يكون العقد ملزم لجانبين، بيد أن العقود الملزمة لجانب واحد كالكفالة المجانية، لا ترتب التزام إلا في ذمة طرف واحد، وعندها يكون الفسخ غير متصور، بل إن الطرف الآخر عليه أن يطلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل.

---

[1] الشامسي، عمر علي (2011). فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ط1، ص14.

[2] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص413.

[3] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص 413.

[4] الشامسي، عمر علي، مرجع سابق، ص18.

[5] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص414.

الشرط الثاني: ويجب أن يكون طلب الفسخ راجعاً إلى عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، على أن لا يكون عدم التنفيذ لخطأ الدائن أو لسبب أجنبي لا يد للمتعاقد الآخر فيه، ويستوي أن يكون المدين لم ينفذ التزامه أو نفذه جزئياً أو نفذه كلياً وكان معيباً[1].

الشرط الثالث: ليحكم القاضي بالفسخ يجب أن يكون طالب الفسخ على الأقل مستعداً لتنفيذ التزامه، فإن لم يكن مستعداً لذلك لا يمكن للمحكمة أن تجيب طلبه ذلك أن الطرف الآخر بإمكانه ان يدفع باتجاهه بعدم التنفيذ[2].

الشرط الرابع: أن يكون بمقدور طالب الفسخ إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، مثلاً في عقد البيع إن طلب المشتري فسخ العقد بعد تسلم المبيع يجب أن يكون قادراً على رد ما تسلم إلى البائع، فإن لم يستطع لهلاكه على سبيل المثال لا يمكنه طلب الفسخ.

الشرط الخامس: يتوجب على طالب الفسخ أن يعذر المدين بضرورة التنفيذ، فإن إخلال المدين بتنفيذ الالتزام وحده لا يكفي بل يتوجب على الدائن إعذاره لوضعه في الموقف المقصر، فلا يكون المدين مقصراً إلا بعد الإعذار[3]. وهو ما أشارت إليه محكمة التمييز الأردنية في قرار لها جاء فيه: **"إن معنى الإنذار العدلي هو وضع المدين قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين بهذا الوضع القانوني بل لا بدّ من إعذاره"**[4].

هذا ويصح الإعذار عن طريق كاتب العدل، كما يصح أن يكون بطريقة البريد المسجل، أو بأي طريقة أخرى تحقق الغاية منه، وقد يتفق الطرفان مقدماً على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء آخر[5].

---

(1) الجبوري، ياسين، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص448.

(2) الشامسي، عمر علي، مرجع سابق، ص35.

(3) تفصيلاً راجع: الشامسي، عمر علي، مرجع سابق، ص45-47.

(4) تمييز حقوق رقم 93/1161، تاريخ 1994/9/21م، منشورات مركز عدالة.

(5) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1994). ج1، إعداد نقابة المحامين الأردنيين، عمان، ص398، وتجدر الإشارة إلى أن هناك حالات لا ضرورة فيها لإعذار المدين ومنها: إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، أو إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع، أو إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه، أو إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون وجه حق وهو عالم بذلك. انظر: المادة (312) مدني أردني.

3. دعوى الفسخ:

لا يكفي لفسخ العقد مجرد توافر الشروط الخمسة سالفة الذكر، بل لا بدّ من إقامة دعوى أمام القضاء لتصدر المحكمة حكماً يقضي بالفسخ، فنحن أمام فسخ قضائي وليس اتفاقي.

ودعوى الفسخ يختصم فيها المتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزاماته، وينفذ الحكم بالفسخ على خلف هذا المتعاقد، فلو اشترى شخص عقار وقصر بالتزامه المتمثل بدفع الثمن، وقام ببيع العقار لشخص آخر، فإن الدعوى متى ما سجلت قبل تاريخ البيع، للبائع الأول الاحتجاج بالحكم على المشتري الثاني[1].

وإن طلب كلا المتعاقدين الحكم بالفسخ، عندها ينظر القاضي لصالح من يحكم، وعلى من يكون التعويض إن كان له مقتضى، والحكم الصادر بالفسخ يكون منشأ وليس كاشفاً أو مقرراً له[2]، ويعني ذلك أن القاضي يملك سلطة واسعة تجاه الفسخ كما سنبينه الآن.

ويمتنع على القاضي سماع دعوى الفسخ بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ ثبوت الحق فيه، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في التقادم.

4. سلطة القاضي إزاء طلب الفسخ القضائي:

إن القاضي غير ملزم بإجابة طلب الدائن المتضمن فسخ العقد، فالأمر هنا يكون خاضعاً لسلطة القاضي التقديرية، وذلك من خلال بحثه في ظروف الدعوى، عندها له أن يحكم بالفسخ إن رأى له مقتضى، وله أيضاً أن يرفض الفسخ إن تبين له أن ما تبقى من الالتزام يعتبر تافهاً مقارنة بما تم تنفيذه[3].

ولكن يجب أن نبين بأن القاضي لا يملك سلطة مطلقة تجاه الفسخ، بل هناك قيود تحكم هذه السلطة كما سنوضحه عند عرض السلطات الثلاث التي يملكها القاضي تجاه دعوى الفسخ:

أ. الحكم بالفسخ:

إن القاضي يحكم بالفسخ متى طلبه الدائن، وعندما يرى من ظروف الدعوى أن هذا الطلب له ما يبرره، كأن يتضح للقاضي أن المتعاقد الآخر لا تسمح حالته الحالية بالوفاء بالتزامه، أو قد يلحق الدائن ضرر من رفض المحكمة لطلبه، غير أن حكم القاضي بالفسخ يرد عليه قيدان، هما[4]:

(1) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص417.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص802.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص802.

(4) الشامسي، عمر علي، مرجع سابق، ص58-59.

القيد الأول: يمكن للمدين أن يتجنب الحكم بالفسخ وذلك أن يقوم بتنفيذ التزامه الذي أخلّ فيه مثل أن يقفل باب المرافعة في الدعوى التي سيصدر فيها حكم الفسخ النهائي، وفي هذه الحالة لا يملك القاضي إلا أن يحكم عليه بالتعويض إن كان له سبب.

القيد الثاني: أن يستعمل الدائن خياره بالعدول عن الفسخ ويطلب التنفيذ سواء التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل.

ب. منح المدين أجلاً للوفاء:

قد تتوافر شروط الفسخ ولكن القاضي يفضل أن يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، كأن يتبين له من ظروف الحال أن سبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فيه يعود إلى سبب مؤقت من المحتمل زواله في القريب، ففي هذه الحالة يمكنه أن يمنح المدين نظرة ميسرة، طالما أن ذلك لن يلحق بالدائن ضرر بسبب تأخر التنفيذ، أو أن يكون هذا الضرر يسير إذا ما قارناه بالضرر الذي سيلحق المدين من الفسخ[1].

ج. رفض الفسخ:

أعطت المادة (209) مدني كويتي القاضي سلطة رفض طلب الفسخ الذي يطلبه الدائن، وذلك إن كان الالتزام الذي لم ينفذه المدين يعتبر تافهاً بالنسبة إلى التزاماته في جملتها، وليس في الالتزام الواحد فقط في حالة وفاء المدين بجزء منه؛ "باعتبار أن العبرة في التعاقد بجملة الالتزامات التي يفرضها العقد على المتعاقد أي بالعقد في مجموعة وليس بالتزام معين"[2].

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي هذه المسألة، إذ تقول: "أما إذا اختار الدائن الفسخ فلا يجبر القاضي على إجابته إليه، بل يجوز له أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه".

ويلاحظ أن المشرّع الأردني لم ينظم سلطة القاضي في رفض الفسخ في المادة (1/246) إلا أنني أرى أن هذه السلطة يستمدها القاضي من دوره في حماية العدالة وتطبيق القانون، دونما حاجة إلى النص على ذلك، فهو يستعرض والأدلة وعلى ضوئها يقرر ما يمكن إجابته وما يرفضه.

ثانياً: الفسخ الاتفاقي:

يعرف الفسخ الاتفاقي بأنه: "اتفاق المتعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه ويكون مقدماً وقت صدور العقد في الغالب"، ويعرف أيضاً بأنه: "حق الطرفين

---

(1) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص419.

(2) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق ، ص419.

المتعاقدين في الاتفاق عند إبرام العقد على أنه يجوز لأحدهما فسخ العقد، إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة من هذا العقد دون اللجوء إلى القاضي لاستصدار حكم قضائي في شأنه"[1]. وهذا النوع من الفسخ يعدّ استثناء لكي يخفف من حدة النوع الأصلي والفسخ القضائي، إذ إن طلب الفسخ عن طريق القضاء ينطوي على تكاليف ووقت، علاوة على أن الأمر قد لا يكون كما يريده الدائن، فقد يرى القاضي منح المدين مهلة للتنفيذ أو يرفض الطلب[2].

وهذا النوع من الفسخ يطلق عليه "الشرط الفاسخ الصريح"، وتمييزاً له عن الشرط الفاسخ الضمني الذي يفترض وجوده في العقود الملزمة للجانبين دون الحاجة للنص عليه، ويفعل عند إخلال أحد الأطراف بالتزامه.

ونصت المادة (245) مدني أردني على هذا النوع من الفسخ بقولها: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على الإعفاء منه".

ونصت المادة (210) مدني كويتي على أنه: "1. لا يعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة، أو بالشرط القاضي بتقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد، ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة، وعلى بينة من حقيقة أثره، 2. والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزام لا يعفي في غير المواد التجارية من الإعذار ولو اتفق على الإعفاء منه".

ومن خلال استقراء النصين السابقين، يتضح للباحث اختلاف موقف المشرّعين الأردني والكويتي حول سلطة القاضي تجاه الفسخ الاتفاقي، لذا سأبين موقف كل منهما وسأخصص بنداً مستقلاً لكل منهما.

1. موقف المشرّع الأردني من سلطة القاضي إزاء الفسخ الاتفاقي:

وفي هذا البند سأبين شروط الفسخ الاتفاقي، ومدى اعتبار سلطة القاضي تجاهه من النظام، ومن ثم سلطة القاضي إزاء الفسخ الاتفاقي، وسأخصص لكل مسألة من هذه المسائل فقرة مستقلة.

---

(1) الشامسي، عمر علي، مرجع سابق، ص135.

(2) الجبوري، ياسين، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص449 ومابعدها.

أ. من حيث شروط الفسخ الاتفاقي:

يلاحظ من خلال استعراض نص المادة (245) مدني أردني، أن المشرّع قد طلب توافر بعض الشروط في الفسخ الاتفاقي، وهي:

الشرط الأول: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً:

بمعنى أن يتفق أطراف الالتزام بأن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي ينشأه متى وقع أي إخلال في تنفيذ الالتزام، "شريطة أن تنصرف إرادتهما إلى تحقيق هذا الأثر على نحو قاطع وبغير شك أو لبس أو غموض"[1].

الشرط الثاني: أن يكون هدف الاتفاق استبعاد الفسخ القضائي:

وهذا الشرط يفيد بأن الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً عند الإخلال في التنفيذ لا يكون معناه بالضرورة عدم الحاجة للجوءه إلى القضاء لتقرير الفسخ، ففي هذه الحالة تكون الصيغة الواردة في العقد لها أثر كبير لتحقيق الغاية منها، "فنجد مثلاً عبارة أن يكون العقد مفسوخاً عند عدم التنفيذ، فلا يعدو هذا الأخير أن يكون فسخاً قضائياً غير أن القاضي لا يستطيع رفض الفسخ وفي ذلك تقييد لسلطته، أو كذلك عبارة أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ، فهنا كذلك يتعلق الأمر بالفسخ القضائي غير أن القاضي تصبح سلطته مقيدة بعدم إعطاء المدين المهلة القضائية للتنفيذ"[2]، غير أن وضع صيغة قاطعة الدلالة لا يضع للقاضي مجالاً للتدخل ولو لتقرير الفسخ، كأن يتضمن العقد عبارة "أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم قضائي"، هنا يكون بإمكان الدائن أن يتحلل من التزامه دون أن يجبر على اللجوء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ.

الشرط الثالث: عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته:

يفهم من هذا الشرط أنه من اللازم لكي يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون أن يرفع الدائن دعوى فسخ أمام القضاء، أن تتحقق واقعة عدم التنفيذ، والتي تعدُّ شرطاً أساسياً لتحلل الدائن من التزامه، مع الحفاظ على حقه بالتنازل عن الفسخ وطلب التنفيذ.

---

(1) الجبوري، ياسين، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص454؛ والسرحان، عدنان ونوري، خاطر، مرجع سابق، ص206.

(2) الشامسي، عمر علي، مرجع سابق، ص140.

وبجانب الشروط السالف ذكرها يشترط توافر مجموعة شروط إجرائية يتعين على الدائن اتباعها ليتحقق الفسخ، وهي:

1) الإعذار:

يتوجب على الدائن إعذار المدين ويطلب منه تنفيذ التزامه خلال مدة معينة، وإن مضت هذه المدة دون أن ينفذ التزامه يقع العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، إذ إن تقصير المدين في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد وحدها لا تنهض سبباً لفسخه، فلا يعفى الدائن عند تحققها من إعذار المدين وذلك لوضعه في موضع المقصر[1].

2) تبليغ الدائن عن تمسكه بفسخ العقد:

ذلك أن الذي يكون محل اعتبار هنا هي إرادة الدائن، بعد حلول الأجل الذي منحه المدين، وليس ما اتفق عليه مسبقاً مع المتعاقد الآخر في فسخ العقد، ومن اللازم أيضاً أن يكون هذا التبليغ متصلاً بعلم المدين، فمتى اتبع الدائن الإجراءات القانونية المتعلقة بالتبليغ، عندها لا يحتاج إلى موافقة المدين، وذلك لأن التبليغ ليس إلا وسيلة لإبلاغه بتمسك الدائن بفسخ العقد، ومن ثم يتحلل الدائن من الالتزامات الملقاة على عاتقه.

وسلطة القاضي تجاه الفسخ الاتفاقي لم يجعلها المشرّع من النظام العام، لذا من الممكن أن يتفق الأطراف على إغفال هذه السلطة، أو إن شاؤوا تضييقها[2].

أما فيما يتعلق بسلطة القاضي التقديرية تجاه الفسخ الاتفاقي، فإنها تختلف عن سلطته إزاء الفسخ القضائي، فإنه وإن كان يملك في النوع الثاني منح المدين أجلاً قضائياً عند طلب الدائن فسخ العقد، وأيضاً أن يرفض طلب الدائن بالفسخ، إلا أنه لا يملك ذلك تجاه الفسخ الاتفاقي، إذ إن الفسخ في هذه الحالة يكون واقعاً بمجرد إخلال المدين بالتزامه ودون حاجة الدائن إلى رفع دعوى فسخ أمام القضاء وأخذ حكم به.

وإن كان هناك اتفاق مسبق على الفسخ بناء على إرادة طرف واحد في العقد، فإن هذا الأمر قد يسمح بتدخل القاضي وذلك لأن المدين قد يلجأ للقضاء لينكر حق الدائن بإيقاع الفسخ، وهنا تكون سلطة القاضي محددة بما يلي[3]:

1. أن يتأكد القاضي من وجود الاتفاق على الفسخ، فإن قام الدائن بالتحلل من التزاماته على أساس الاتفاق وثار حول وجوده خلاف مع المدين ثم لجأ إلى القضاء، ففي هذه الحالة

---

(1) الشامسي، عمر علي، مرجع سابق، ص141.

(2) السرحان، عدنان وخاطر، نوري مرجع سابق، ص295.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص883-884؛ والجبوري، ياسين، مصادر الالتزام، ص456.

دور القاضي يكون في البحث عن وجود الاتفاق، فإن تأكد من وجوده حكم بالفسخ، وإن لم يكن موجوداً يرجع الأمر إلى سلطة القاضي التقديرية، ويكون الحكم الذي يصدره بالفسخ هنا إن كان له وجه، فسخاً قضائياً.

2. التأكد من أن الدائن قد قام بإعذار المدين قبل أن يتحلل من التزامه مستنداً إلى اتفاق الفسخ، فالإعذار قد شدد عليه المشرّع الأردني واعتبره إجراء ضروري سواء في الفسخ القضائي أو الفسخ الاتفاقي، ولم ينص صراحةً على جواز الاتفاق على الإعفاء منه، وعليه فالقاضي لا يمكنه أن يحكم في النزاع المتعلق بالفسخ الاتفاقي إلا بعد تأكده من إعذار المدين، وأن حكم على الرغم من عدم إعذار المدين كان على الأخير أن يطعن بالحكم لمخالفته القانون.
3. أن يتأكد القاضي من عدم تنفيذ المدين للالتزام الملقاة على عاتقه، فإن تبين له أن المدين قد قصر في تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه، وكان ذلك سبب طلب الدائن للفسخ، حكم به، والقاضي لا يلتفت في حكمه إلى تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً، إذ إن وظيفته هنا هي التحقق من صحة الاتفاق، فحكمه يكون كاشفاً عن الفسخ وليس منشئاً له.

"وفيما يتعلق بجواز منح القاضي المدين أجلاً للتنفيذ، فإن ذلك غير جائز، لأن الهدف من النص على هذه المهلة في العقد هي من أجل استبعاد تدخل القاضي"(1).

2. موقف المشرّع الكويتي من سلطة القاضي إزاء الفسخ الاتفاقي:

يظهر من نص المادة (210) مدني كويتي أن المشرّع فرض سلطة القاضي على المتعاقدين، حتى وإن أرادوا أن يستبعدوها عن طريق الاتفاق على الفسخ الاتفاقي، وسأبحث في سلطة القاضي تجاه الفسخ الاتفاقي وفقاً لما نصت عليه المادة (210) مدني كويتي ضمن مسألتين، هما: الشرط الفاسخ الصريح، ثم شرط تقييد سلطة القاضي تجاه فسخ العقد.

أ. سلطة القاضي إزاء الشرط الفاسخ الصريح:

وهو الشرط الذي يقوم الأطراف بالاتفاق عليه وينص على اعتبار العقد مفسوخاً متى أخل أحد الأطراف بالتزامه دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء لتقرير الفسخ، ويجب أن يتم الاتفاق صراحة على استبعاد سلطة القاضي إن أراد الأطراف ذلك، فالاتفاق يتوقف على صياغته، فإن كانت الصياغة على أن العقد يكون مفسوخاً في حال صدر أي إخلال في تنفيذ الالتزام من أي طرف من أطراف العقد، فهذا لا يمنع القاضي من التدخل لتقرير الفسخ، وفقاً لسلطته التقديرية، فهو قد يحكم بالفسخ وقد لا يحكم، كما لو أن المدين اتقى الفسخ بتنفيذ الالتزام الملقى عليه قبل

---
(1) الجبوري، ياسين، مصادر الإلتزامات، مرجع سابق، ص455.

أن يصدر حكم نهائي بالفسخ، فهنا لا يكون الشرط الوارد في العقد في حقيقته سواء فسخ قضائي وليس اتفاقي[1].

وينطبق ما سبق أيضاً على الشرط الذي ينص على أن العقد يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه، فهذه الصيغة والصيغة السابقة لا تعفي الدائن من إعذار المدين قبل الفسخ، ولكن الفرق أن هذه الصيغة تسلب القاضي سلطته التقديرية في رفض طلب الفسخ المقدم من الدائن، فهو مجبور بالحكم به وتقريره، كما لا يمكنه أن يمنح المدين أجلاً قضائياً ليمكنه تنفيذ التزاماته.

"أما إذا أريد بالشرط الفاسخ ليس فقط استبعاد السلطة التقديرية للقاضي، بل أيضاً استبعاد تدخله، بحيث لا يحتاج الفسخ إلى اللجوء إلى القضاء، فيجب أن ينص الشرط صراحةً على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة عند عدم الوفاء بالالتزام، مع هذه الصياغة للشرط الفاسخ والتي يتحقق معها الفسخ الاتفاقي بمعناه الدقيق، يقع الفسخ بمجرد إخلال المتعاقد بالتزامه، دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء"[2].

ولما للشرط الفاسخ الصريح من خطورة يخشى معها من إساءة استعماله، وإدراجه في العقود دون أن يتفق عليه جميع الأطراف، أراد المشرّع الكويتي أن يتشدد تجاهه، واشترط لاعتباره صحيحاً منتجاً لآثاره، أن يكون هذا الشرط قد انصرفت إليه إرادة طرفي العقد صراحةً، مع علمهم أيضاً بحقيقته، وسأبحث هذين الشرطين تباعاً.

الشرط الأول: أن يتضح أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إليه صراحةً، وذلك استثناء من القواعد العامة التي تكتفي بالتعبير الضمني عن الإرادة، فنظراً لخطورة الشرط تشدد المشرّع الكويتي في استخلاصه، ولم يطبق بالنسبة له القواعد العامة.

الشرط الثاني: أن تكون إرادة المتعاقدين وقت اشتراطه على بينة من حقيقة أثره، وهو أن مجرد الإخلال بالالتزام، أياً كان هذا الإخلال، ولو كان جزئياً، يترتب عليه فسخ العقد تلقائياً، دون تدخل من المحكمة، ومن ثم فلا يكفي انصراف إرادة المتعاقدين إلى الشرط صراحةً، وإنما يجب أن تنصرف صراحةً أيضاً إلى حقيقة أثره، نظراً لما يتضمنه هذا الأثر من خطورة استبعاد السلطة التقديرية للقاضي"[3].

وبناءً على ما سبق، فإن تم الاتفاق على الشرط الفاسخ الذي يسلب القاضي سلطته التقديرية متى كان مشتملاً على الشرطين السابقين، عندها يلزم لإعماله إعذار المدين، وهذا

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص832.

[2] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص421.

[3] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق ، ص422.

الشرط لم يتهاون فيه المشرّع الكويتي، فقد نص في الماده (2/210) مدني بأن أي اتفاق بالإعفاء منه باطل، مع العلم أنه أجازه في المواد التجارية لما تتمتع به من طبيعة خاصة.

يتبين للباحث اختلاف الموقف بين المشرّعين الأردني والكويتي، إذ إن الأول أجاز لأطراف العقد الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخ متى أخل أحدهم في تنفيذ التزامه، ودون الحاجة إلى حكم قضائي يقرر ذلك، مع إعطائهم الحق في الاتفاق على الإعفاء من الإعذار، في حين أن المشرّع الكويتي تشدد تجاه الشرط الفاسخ الصريح كما هو واضح سابقاً بأن حرص على توافر الشرطين المذكورين آنفاً للاعتداد به، كما رفض اي اتفاق بين الأطراف يسمح بالإعفاء من الإعذار، فهو يخالف بذلك القواعد العامة التي تبيح ذلك.

ب. شرط تقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد:

ورد في المادة (210) مدني كويتي أنه: "لا يعمل بالشرط القاضي بتقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد، ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة، وعلى بينة من حقيقة أثره"، ويتضح من هذه المادة أن الفسخ في حقيقته لا يكون اتفاقياً بل قضائياً، إلا أن المتعاقدين يملكون سحب سلطة القاضي التقديرية إزاء بعض الأمور، كعدم جواز منح المدين مهلة قضائية، كما يشترط لإعمال مثل هذا الاتفاق أن تكون إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليه صراحةً دون لبس، ويكونان على علم بحقيقة الأثر الذي سيرتبه، وفي هذه الحالة لا يكون أمام القاضي إلا تقرير الفسخ احتراماً لإرادة المتعقادين، ويختلف الأمر هنا بين الشرط المقيد لسلطة القاضي التقديرية، والشرط الفاسخ الصريح، إذ أن الأخير، وكما أسلفنا يختلف في أحكامه عن الأخير، ولكن يتفقا بتوافر شرطين لإعمالهما، وهما:

الشرط الأول: أن تنصرف إليه إرادة المتعاقدين صراحةً.

الشرط الثاني: أن يكون المتعاقدين على بينة من حقيقة أثره.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الأردني لم يعترف بالشرط الذي يقيد سلطة القاضي، فالمتعاقدين لا يملكون الاتفاق على سلب القاضي سلطته، سواء فيما يتعلق في إعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه، أو رفض الفسخ عند التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المعيب للالتزام.

ويخلص القول إلى أن الدائن عند تمسكه بالشرط الفاسخ يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة للجوء إلى القضاء، وإن ثار نزاع حول توافر شروطه ليس أمام القاضي إلا أن يحكم بالفسخ إن رأى توافر الشروط المطلوبة للقضاء به، ويكون للحكم أثر رجعي من وقت إخلال المدين في تنفيذ التزامه، فحكم القاضي في هذه المسألة تقريري وليس منشئي.

جـ. فسخ العقد بحكم القانون (الانفساخ):

نصت الماده (247) مدني أردني على أنه:" في العقود الملزمة للجانبين اذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه فاذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين".

ونصت الماده (215) مدني كويتي :" 1. في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ إلتزام أحد الطرفين مستحيلاً لسبب أجنبي لايد له في، إنقضى هذا الإلتزام، وإنقضت معه الإلتزامات المقابله على الطرف الآخر وإنفسخ العقدمن تلقاء نفسه. 2. فإن كانت الإستحاله جزئية كان للدائن، بحسب الأحوال أن يتمسك بالعقد، فيما بقي ممكن التنفيذ، أو أن يطلب فسخ العقد".

وكذلك نصت الماده (214) مدني كويتي على :" 1. في العقود الملزمه لجانب واحد، إذا أصبح الإلتزام مستحيلاً لسبب أجنبي لايد له فيه، إنفسخ العقد من تلقاء نفسه. 2. فإذا كانت الإستحاله جزئية، جاز للدائن أن يتمسك بالعقد فيما بقي من الإلتزام ممكن التنفذ".

وبناء على ماسبق، يمكن تعريف الفسخ بحكم القانون بأنه: انحلال العقد الملزم لجانبين، أو الملزم لجانب واحد، بقوة القانون تبعاً لانقضاء الالتزام لسبب أجنبي.

والسؤال الذي يطرح هنا: ما مدى سلطة القاضي تجاه فسخ العقد بقوة القانون؟

إن الانفساخ بقوة القانون يستلزم تدخل القاضي للحكم به إن توافرت شروطه، وإن ثار نزاع حول تحقق هذه الشروط، يكون أمام القاضي مسألة مهمة للفصل فيها وفقاً لسلطته في هذا الشأن، وسلطة القاضي إزاء هذه الحالة تعتبر أضيق من سلطته في الفسخ القضائي، إذ يملك أمامها أن يمنح المدين مهلة قضائية للتنفيذ لاستحالته أصلاً، كما لا يملك أن يرفض الحكم بالانفساخ لأن هذه الحالة لا تحتاج إلى حكم، وتكون سلطته محددة في التحقق من مدى توافر شروط الانفساخ المذكورة في الماده (247) مدني أردني، والمواد (214، 215) مدني كويتي، فحكمه لا يعدو أن يكون في هذه الحالة سواء تقرير للواقع، أي ليس حكم منشئ.

الفرع الثاني: تدخل القاضي في تفسير العقد:

إن تفسير العقد المراد منه هو بيان ما ذهبت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة عند إبرام العقد، وهذا يبين ارتباط التفسير بمبدأ سلطان الإرادة ارتباطاً وثيقاً، فقيام القاضي بتفسير العقد هو في حقيقته البحث عن نية المتعاقدين[1]، وعرف بعض الفقه التفسير بأنه: "تلك العملية

---

[1] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص242.

الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"[1]، فالتفسير يلجأ إليه القاضي عندما تكون عبارات العقد غامضة أو متناقضة مع المقصود منها، فلا يتوقف عند المعاني لها، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة التعامل وتوافر الثقة والأمانة بين المتعاقدين وفقاً لما يقتضيه العرف الجاري في المعاملات، للتوصل إلى نية للمتعاقدين المشتركة، وفيما يتعلق باستهداء القاضي بالعدالة في التفسير فقد ثار جدل واسع حولها في الفقه على اعتبار أنها تهدد استقرار المعاملات وأمنها[2]، غير أن العرف والعدالة في واقع الأمر تنتهي بالقاضي إلى نفس النتيجة التي ينتهي بها نظام تعديل العقد، فالعرف من أهدافه سد النقص الذي لحق بالعقد[3].

وسأحرص عند البحث في التفسير على التطرق إلى الجانب المفيد في مجال هذه الدراسة، وسأقتصر البحث على بيان أثر تدخل القاضي في تفسير العبارات الغامضة في العقد، وفي تفسير عقد الإذعان، مستبعداً بذلك أنواع التفسير وطرقه وقواعده العامة[4].

أولاً: سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد:

حدد المشرّع الأردني في المادة (239) القاعدة العامة لتفسير العقود، وتنص على ما يلي: "1. إذا كانت عبارة العقد واضحة لا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، 2. أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل أو بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"، وحددها المشرع الكويتي بالآتي:" 1. إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، 2.فإذا كان هناك محل لتفسير العقد، فإنه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموع وقائعه وظروف إبرامه، دون الوقوف عند مجرد معاني ألفاظه أو عباراته، ومع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل".

---

(1) فودة، عبد الحكم (1985). تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص11.

(2) فودة، عبد الحكم، مرجع سابق، ص13.

(3) عبد الرضا والنكاس، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص159.

(4) تفصيلاً راجع: فودة، عبد الحكم، مرجع سابق، ص30 وما بعدها؛ والزعبي، عوض، مرجع سابق، ص191-195؛ والمقاطي، محسن، مرجع سابق، ص20 وما بعدها.

وتنص المادة (1/240) مدني أردني: "يفسر الشك في مصلحة المدين"، وإتخذ المشرع الكويتي الموقف ذاته في الماده (2/194) مدني بأن:".... يفسر الشك لمصلحة المدين ....".

يتبين من المادة السابقة أن المشرّع الأردني قد أعطى القاضي سلطة تقديرية في تفسير عبارات العقد الغامضة بهدف الوصول إلى إرادة المتعاقدين المشتركة غير أن هذها لسلطة التي يتمتع بها القاضي ضيقة إذ لا يمكنه أن يمارسها إلا في حالة غموض عبارات العقد.

ويتبين من المادة (239) والمادة (240) مدني أردني، أن المشرّع قد وضع قاعدة أساسية للتفسير تلزم القاضي باتباعها، كما اتبعها بقاعدة احتياطية انطوت على معيار موضوعي يعود إليه القاضي في حال استعصى عليه الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، كما له الأخذ بقواعد العدالة وحسن النية، باستناده إلى الاستثناء التي نصت عليه المادة (240) مدني أردني.

وتطبيقاً لما سبق، جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية: "إذا كانت نصوص العقد واضحة فلا يجوز تفسيرها بالانحراف عما تهدف إليه والقول بما لا ينسجم مع إرادة الطرفين"[1].

وفي قرار آخر: "تأخذ المحكمة في تفسيرها للعقد بالمعنى الواضح المفهوم من التعبير الذي اختاره المتعاقد إن كان مظهراً لإرادتهما ولا سبيل لتجاوز المعنى الواضح إلى معنى آخر لا تتحمله عبارات العقد ولا تقتضيه طبيعته"[2].

ووضع المشرّع الأردني للقاضي ثلاث عوامل موضوعية يمكنه الاستناد عليها لتفسير عبارات العقد الغامضة، وهي: طبيعة التعامل، وشرف التعامل (الثقة والأمانة)، والعرف الجاري في المعاملات.

والمقصود بطبيعة التعامل هو موضوع العقد الذي أبرماه المتعاقدين، فإن كان لعبارات العقد أكثر من معنى يتخير المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك، وأما شرف التعامل هو أن لا يستغل الغموض الذي شاب التعبير إن كان قد فهمه أو بإمكانه أن يفهمه[3].

---

[1] تمييز حقوق رقم 99/262، ورقم 97/191، منشورات مركز عدالة.

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1984/389، هيئة خماسية، تاريخ 1984/7/31م، المنشور على الصفحة 1556 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1984/1/14م، منشورات مركز عدالة.

[3] عبد الرضا والنكاس، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص161.

والعرف هو العادات الشائعة بين المتعاقدين في نوع العقد الذي ارتبط به الأطراف، على نحو يجعلها شروطاً ضمنية في التعامل، على أن للقاضي أن يعرض عنها ويبحث عن دلائل أخرى كلما أمكنه ذلك[(1)].

وفي جميع الأحوال يستعين القاضي عند التفسير بما أشار إليه المشرّع، ودون أن ينسى أن التفسير في النهاية مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة[(2)].

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية في هذا الصدد في حكم لها بأن: "المناط في تفسير العقد هو تقصي النية المشتركة للعاقدين مستخلصة من وقائع العقد وطبيعة وظروف إبرامه وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل دون خروج عما تحتمله عبارات المحرر المثبت للعقد أو تشويه لحقيقة معناها"[(3)].

وقضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "من الشروط التي يجب أن تتقيد بها المحكمة في حالة ما إذا كانت عبارات العقد غير واضحة أن تبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وذلك عن طريق الاستهداء بطبيعة التعامل والطريقة التي نفذ بها أطراف العقد عقدهم الذي هو موضوع التفسير"[(4)].

وفيما يتعلق بنص المادة (1/240) مدني أردني التي تتكلم عن حالة قيام الشك في مدلول عبارات العقد، فهي تعتبر قاعدة احتياطية لا يملك القاضي أن يعملها قبل اللجوء إلى قواعد التفسير المنصوص عليها في المادة (239) مدني أردني، فإن لم يتمكن من الوصول إلى مدلول العبارة، عندها من الممكن أن ينتقل إلى القاعدة الاحتياطية السابقة.

"فلو اتفق في عقد البيع مثلاً على أن يقوم البائع بعمل إصلاحات معينة في المبيع قبل تسليمه، على خلاف القاعدة القانونية المكملة التي تقوم بأن البائع يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي كانت عليها وقت البيع، ثم ثار الشك حول مدى الإصلاحات التي يلتزم بها البائع فُسر الشك على أن المعنى الذي يحقق مصلحة البائع وهو المدين"[(5)].

---

(1) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص178.

(2) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص249؛ والمقاطي، محسن، مرجع سابق، ص83.

(3) التمييز بالطعن رقم 1995/320، تاريخ 1995/3/20، منشورات جمعية المحامين الكويتية، العدد الأول، السنة 23، ص184.

(4) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1980/9، هيئة خماسية، تاريخ 1980/2/28م، المنشور على الصفحة 1083 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1980/1/1م، منشورات مركز عدالة.

(5) الحيصة، علي، مرجع سابق، ص67.

"فالرأي الراجح فقهاً وقضاءً هو تفسير الشك في شروط العقد لصالح المتعاقد الذي يضار من الشرط الذي يجري تفسيره بصرف النظر عن وضعه في العقد سواء كان دائناً أو مديناً، وهو ما يتفق مع الأساس الذي أقام عليه المشرّع قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، فالمستفيد من الشروط هو الذي يملي أحكامه، فإذا قصر في ذلك فليتحمل مغبة إهماله"[(1)].

مما سبق يمكن للباحث أن يستخلص بأن هناك نقاط اتفاق واختلاف بين سلطة القاضي في تعديل العقد وتفسيره، حيث يتفق التعديل الذي يجريه القاضي على العقد مع التفسير في أنهما لا يقعان إلا على عقد صحيح، ويمارس القاضي سلطته إزاء كل منهما عند حدوث منازعة عقدية وفقاً لاختصاصه[(2)]، كما أن هاتين المسألتين لا تثور إلا في الفترة اللاحقة على إنشاء العقد، ومن الممكن أن يتفق الأطراف في الأثر الذي ينشأه كل منهما، أي التغيير الجزئي في مضمون العقد، كأن يتفقا بأن يستند التفسير إلى العرف أو قواعد العدالة، وذلك أن القاضي في كثير من الأحيان يتوصل إلى تعديل العقد بعد ممارسة سلطته في التفسير[(3)].

أما الاختلاف بين النظامين، تظهر في أن نظام التفسير يستهدف البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، في حين أن نظام التعديل يرمي إلى تحقيق التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العقد لحماية العدالة التعاقدية[(4)].

ويظهر الاختلاف أيضاً في أن التفسير يكون مستنداً إلى نية المتعاقدين المشتركة، فهو يقوم بالبحث عن إرادة المتعاقدين لتقريره، أما التعديل فإنه يكون رغماً عن المتعاقدين إذ يقوم على العدالة التي يقصدها المشرّع من إعطاء القاضي هذه السلطة[(5)].

كما أن سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، تعدّ استثناء من القاعدة العامة، وهي أن العقد شريعة المتعاقدين، في حين أن سلطته في التفسير تعتبر أصلية[(6)].

وأيضاً إن سلطة القاضي في التفسير لا يستمدها من نص يقررها، بل له أن يمارسها كلما رأى حاجة لذلك وهذا هو الأصل، ولكن سلطته في إعادة النظر في العقد وتعديله لا يمكنه ممارستها إلا حين يكون هناك نص آمر يقررها[(7)].

---

(1) فودة، عبد الحكم، مرجع سابق، ص54-55.

(2) فودة، عبد الحكم، مرجع سابق، ص56؛ والمقاطي، محسن، مرجع سابق، ص63.

(3) عبد الرضا والنكاس، مصادر الالتزام، مرجع سابق ، ص158.

(4) فودة، عبد الحكم، مرجع سابق، ص67.

(5) السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص254.

(6) السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص623.

(7) فودة، عبد الحكم، مرجع سابق، ص70.

ثانياً: سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان:

إن سلطة القاضي تخوله كما ذكرنا سابقاً سلطة في تعديل العقد والإعفاء من الشروط التعسفية الواردة فيه، وبالإضافة لذلك فهو يملك سلطة تفسير عبارات عقد الإذعان إن كانت غامضة، فقد نصت على ذلك المادة (240) مدني أردني بقولها: "1. تفسير الشك في مصلحة المدين، 2. ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"، والماده (82) مدني كويتي بأن:" **في عقود الإذعان، يفسر الشك دائما في مصلحة الطرف المذعن".**

وكما هو واضح من خلال قراءة الفقرة الثانية من المادة السابقة أن المشرّع الأردني استثنى من قاعدة "يفسر الشك في مصلحة المدين" أن لا يكون التفسير ضاراً في الطرف المذعن، وهذا إن كان الغموض في عبارات عقد من عقود الإذعان، إذ قد يكون المذعن دائن وليس مديناً، والعبارات الغامضة تكون من صياغة المحتكر دون تدخل من المذعن، فمن غير المقبول أن يتحمل وزرها عند عدم القدرة على تفسيرها[1].

فلو ورد شرطاً غامضاً في عقد من عقود الإذعان – كالتأمين أو العمل – وعجز القاضي عن التوصل إلى معناه باستخدام طرق التفسير المتاحة، وما زال الشك حيال الشرط قائماً، ولم يستطع القاضي التوصل إلى إرادة المتعاقدين من هذا الشرط، هنا يكون عليه ن يفسره لمصلحة الطرف المذعن – أي المستأمن أو العامل – وذلك في كل الأحوال، وإن كانت القواعد العامة تقضي بأن الشك في هذها لحالة يكون في مصلحة الطرف الآخر، أي المؤمن أو رب العمل، كما لو كان الشرط الذي أصابه الغموض يشدد من مسؤوليته العقدية، كما لو لزمه بتعويض الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع، لما تقضي به القواعد العامة في القانون[2].

والاستثناء السابق ينطبق أيضاً على جميع الشروط في العقد يستوي في ذلك الشروط المطبوعة والمخطوطة وذلك لأن المشرّع قصد منها حماية الطرف المذعن (الضعيف)، تجاه كافة الشروط سواء كانت بارزة وواضحة عن الشروط المطبوعة التي يستغل بوضعها الطرف القوي (الموجب)، كما تبقى كذلك موجودة إزاء الشروط المخطوطة والتي يضعها الأطراف عادة بعد نقاش، على اعتبار أن الطرف المذعن لا يملك سلطة لصياغة أي شرط لما يتمتع به الطرف الآخر من استئثار بالتحكم بها وكذلك الشروط المخطوطة[3].

---

(1) عبد الدايم، حسن، مرجع سابق، ص195؛ والمقاطي، محسن، مرجع سابق، ص89.

(2) عبد الدايم، حسني، مرجع سابق، ص197؛ وعبد العال، مدحت، مرجع سابق، ص123.

(3) فودة، عبد الحكم، مرجع سابق، ص255.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني: "أن هناك ثلاثة قواعد كلها تتضافر على إقرار هذا المبدأ (تفسير الشك ...):

1. اليقين لا يزول بالشك فإذا كان هناك شك في مديونية المدين فاليقين أنه بريء الذمة ولا يزال هذا اليقين بالشك.
2. الأصل بقاء ما كان على ما كان وبراءة الذمة تسبق المديونية فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين.
3. الأصل براءة الذمة، فيفترض فيمن يُدعى عليه بالدين أنه بريء الذمة حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع على أن له ديناً في ذمته وإذا كان هناك شك في مديونية المدين رجحت براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته"[1].

إن سلطة القاضي في تفسير العقد تعتبر بحث في مسائل واقع لا يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز، إذ إنه يقوم بالبحث في ظروف العقد، وعلى وجه الخصوص العبارات لاتي استعملت فيه، فمتى التزم القاضي القواعد المنظمة للتغيير وأقام حكمه على دلائل وأسباب سائغة، وكانت عبارات العقد قد شابها الغموض فعلاً وبين المراد منها، عندها لا يملك الطرف المذعن التمسك بقاعدة عدم جواز تفسير الشك على نحو يعذر به لأول مرة أمام محكمة التمييز[2].

وتطبيقاً لما سبق، قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "استقر الفقه والقضاء على أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بالمقصود في العقد مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط بيان أسباب ذلك ليتسنى لمحكمة التمييز بسط رقابتها على ما إذا كانت قد أخذت في تفسيرها باعتبارات معقولة"[3].

---

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص246.

[2] عبد الدايم، حسني، مرجع سابق، ص198.

[3] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1999/1448، هيئة خماسية، تاريخ 2000/3/2م، المنشور على الصفحة 101 من عدد المجلة القضائية رقم (3) بتاريخ 2000/1/1م، منشورات مركز عدالة؛ وانظر: قرارها رقم 2012/4507 تاريخ 2013/2/26م، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة.

الخاتمة

أحمد الله العلي القدير الذي منّ علي بإتمام هذا العمل المتواضع وأدعوه أن يؤتي الثمار المرجوة منه، وأن يستفيد منه الباحثين من القانونيين، والأخوة الطلبة جميعاً.

تكونت هذه الدراسة من مبحث تمهيدي وفصلين، تناولت في المبحث التمهيدي مفهوم سلطة القاضي المدني التقديرية في العقد من خلال توضيح معناها وأهميتها وأساسها ومدى رقابة محكمة التمييز عليها.

وفي الفصل الأول بحثت في سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي في مرحلة إبرام العقد من خلال بيان صورها في المرحلة التمهيدية للتعاقد، وكذلك في مظاهرها بشأن تحقيق عدالة التعاقد.

ثم تناولت في الفصل الثاني سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه، فبحثت في صور تدخل القاضي في تعديل مضمون العقد، ومن ثم تناولت صور تدخله بشأن تحقيق فاعلية تنفيذ العقد بين المتعاقدين، وبناءً على ما تم دراسته يخلص الباحث من هذه الدراسة بعدد من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

1. إن الفقه القانوني ومعه القوانين المدنية ومنها القانون الأردني والكويتي قد سلما بمبدأ سلطان الإرادة في مرحلة إنشاء العقود، ولكن ضمن حدوده المعقولة، بحيث تتوازن الإرادة مع عدالة التعاقد.
2. إن الأصل أن القاضي لا يملك أي سلطة إزاء تعديل العقد أو إنهائه، إنما دوره هو تطبيقه كما جاء فيه، لأنه يعتبر قانون يحكم المتعاقدين، وذلك احتراماً لإرادتهما المشتركة، وابتغاء استقرار المراكز القانونية وتجنب كثرة المنازعات التي قد ترهق كاهل القضاء، ومع ذلك فقد منح المشرّعان الأردني والكويتي القاضي سلطة تخوله إعادة التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة في مرحلة إنشاء العقد لتحقيق عدالة التعاقد، وكذلك في مراحل تنفيذه.
3. إن السلطة التي يتمتع بها القاضي لم تمنح له ليستعملها كما يشاء، بل هي محكومة بضوابط وقيود قانونية لضمان استعمالها في وجهتها الصحيحة.
4. السلطة التي يتمتع بها القاضي في إعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين يجسدها تطبيق مهم للمرحلة التمهيدية للتعاقد، إذ يملك القاضي بناءً على نص القانون أن يعدل العقد إن تبين له أن هناك إخلالاً بين مراكز أطرافه مثل الوعد بالتعاقد، والعقد الابتدائي،

والتعاقد بالعربون، وكذلك عندما ينطوي العقد على تدليس أو تغرير أو غبن أو استغلال لحق أحد المتعاقدين، وأيضاً تصحيح العقد الباطل.

5. وإضافة إلى الحالات الواردة في البند السابق (4) فإن سلطة القاضي تشمل حماية مبدأ حسن النية في هذه المرحلة من التعاقد.
6. إن المشرّعان الأردني والكويتي قد منحا القاضي سلطة تقديرية واسعة في مراحل تنفيذ العقد، ومن أهم تطبيقاتها تدخل القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة والتصدي للشروط التعسفية كما هو الحال في عقد الإذعان والشرط الجزائي، وأيضاً تدخله ليتحقق فاعلية التنفيذ كما هو في منح المدين أجلاً قضائياً وتدخله تجاه المقاصة القضائية والغرامة التهديدية وفسخ وتغيير العقد.
7. لم ينص المشرّعان الأردني والكويتي على حماية مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد، واكتفيا بالنص عليه في مراحل التنفيذ.
8. أقترح على المشرّع الأردني معالجة العقد الابتدائي بقواعد قانونية متكاملة كما فعل المشرّع الكويتي في المواد (70، 71) مدني كويتي، وذلك لما لهذا العقد من انتشار في الوقت الراهن.
9. أخرج المشرّع الكويتي من الحماية القضائية فيما يخص عيب الاستغلال مظهري الحاجة وعدم الخبرة واكتفى بحماية حالتي الطيش والهوى الجامح، أما المشرّع الأردني فلم يضع قواعد تنظم هذا العيب، واكتفى بتطبيق وحيد له يتعلق ببيع السلم.
10. خالف المشرّع الأردني توجه المشرّع الكويتي حيث أنه لم يحد القاضي بسلطة تقديرية بخصوص تعديل الشرط الجزائي زيادة أو نقصان، في حين أن المشرّع الكويتي أعطى القاضي هذه السلطة في حالات محددة.
11. الأصل أن القاضي له سلطة تقديرية في تقرير الفسخ، وهذا ما تبناه المشرّع الكويتي، غير أن المشرّع الأردني خالف ذلك ولم يعطِ القاضي هذه السلطة، وأرى أن اتجاه المشرّع الكويتي هو الصحيح.
12. إن غموض عبارات العقد تعطي القاضي فضاء رحب في بيان معناها في إطار مبدأ سلطان الإرادة ذلك أن دوره هنا هو البحث عن ما اتجهه عليه نية المتعاقدين المشتركة بغرض تنفيذه، وعلى العكس ليس للقاضي أن يتدخل في حالة وضوح عبارات العقد.

ثانياً: التوصيات:

1. اقترح على المشرّعين الأردني والكويتي أن يتبنيا حماية مبدأ حسن النية في المرحلة التمهيدية للتعاقد، وذلك بإضافة بند جديد في المادة (202) مدني أردني، والمادة (197) مدني كويتي، ومضمونها الآتي: "يجب على المتفاوضين للتعاقد أن يلتزموا بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزامات".
2. اتمنى على المشرّعين الأردني والكويتي أن يجمعا التطبيقات المتناثرة التي تتحدث عن سلطة القاضي إزاء العقد، تحت عنوان: "القيود الواردة على موضوعية الإرادة التعاقدية، أو مبدأ سلطان الإرادة"، وذلك بهدف وضع نظرية عامة تشمل التطبيقات التي تتناول هذا الموضوع كنظرية الظروف الطارئة.
3. أقترح على المشرّعين الأردني والكويتي أن يعيدا النظر في نظرية الظروف الطارئة، ويسمحا للأطراف إمكانية الاتفاق على استبعاد تطبيقها مسبقاً، أو أن يخففا من حدة النص على نحو يعطي القضاء سلطة التقدير في تطبيق النظرية من عدمه أو على الأقل وقف تنفيذ الالتزام لحين زوال الظرف الطارئ إن كان مؤقتاً، وذلك لمسايرة التطور والثورة الاقتصادية القائمة.
4. أقترح على المشرّع الأردني تنظيم نظرية تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح منتج لآثاره، كما فعل المشرّع الكويتي لما لهذه النظرية من دور في تصحيح التصرفات المعيبة وتخفيفاً لأحكام البطلان، وحماية لاستقرار المعاملات.
5. أقترح على المشرّع الأردني معالجة عيب الاستغلال وأن يعطي القاضي حسب الأحوال سلطة في فسخ العقد أو إنقاص التزام الطرف المستغل، أو الإبقاء على العقد معاً رفع الاستغلال عن المتضرر منه وفقاً لطلباته المؤدية لذلك، ويكون تنظيم هذا العيب أسوة بما تضمنته المواد (159، 160، 161) مدني كويتي.
6. أتمنى من المشرّع الكويتي تعديل نص المادة (209) بحيث يعطي الدائن الخيار بين فسخ العقد أو طلب التنفيذ، وأقترح أن يكون النص مطابقاً لما جاء في المادة (246) مدني أردني.
7. أقترح على المشرّع الأردني معالجة الغرامة التهديدية عن طريق وضع نظام قانوني متكامل على غرار ما قام به المشرّع الكويتي.
8. أتمنى على المشرّع الأردني تعديل نص المادة (364) لتتضمن الحالات التي يمكن للقاضي من خلالها تعديل الشرط الجزائي كحالتي الغش والخطأ الجسيم كما فعل المشرّع الكويتي في المادة (304) مدني، وأقترح أيضاً بأن لا تكون الزيادة محددة في الحالتين السابقتين،

وإعطاء القاضي سلطة ليزيد قيمة الشرط حسب ما يراه من ظروف، ذلك أن المشرّع قصد حماية الطرف الضعيف، وهذه الحالات السابقة لا تشمل الدائن إن كان هو الطرف الضعيف.

9. أقترح على المشرّعين الأردني والكويتي أن يلزما القاضي بالتصدي للشروط التعسفية وفقاً لسلطته التقديرية لا أن يجعلاها جوازية، لتكون هذه السلطة فعّالة أكثر، وذلك بتعديل المادة (204) مدني أردني، والمادة (81) مدني كويتي، بحذف عبارة "يجوز، جاز" واستبدالها بعبارة "... يجب على المحكمة ...".
10. أتمنى على المشرّع الأردني أن يمنح القاضي سلطة رفض طلب الدائن بفسخ العقد إن تبين له أن ما تبقى من التزامات المدين يعدّ تافهاً قياساً على التزاماته في جملتها، كما فعل المشرّع الكويتي.
11. أقترح على المشرّع الأردني أن يمنح القاضي سلطة رفض طلب ناقص الأهلية بإبطال العقد إن كان قد سلك طرقاً احتيالية لإبرامه، وذلك بإضافة بند ثالث في المادة (134) مدني مفاده: "ويجوز للقاضي على سبيل التعويض المستحق وفقاً للفقرة الثانية أن يقضي برفض دعوى الإبطال".
12. أتمنى على المشرّع الكويتي تعديل نص المادة (210) والذي تناولت الفسخ الاتفاقي، بحيث تعطي المتعاقدين حق الإعفاء من الإعذار في هذا النوع من الفسخ إن اتفقا عليه صراحةً، ذلك لأن النص بصورته الحالية قد خالف المقصود منه، ويكون النص بعد التعديل كالآتي: "يُعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، أو بالشرط المتضمن تقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد دون حاجة إلى حكم المحكمة عند عدم الوفاء بالالتزام وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على الإعفاء منه".

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

1- القرآن الكريم.

ثانياً: المراجع:

1- كتب اللغة:

1. ابن منظور. **معجم لسان العرب**، ط15، ج2، دار صادر، بيروت (1999).
2. الفيروزأبادي (دون تاريخ). **القاموس المحيط**، ج1، دون ناشر.
3. **معجم المنجد في اللغة والأعلام**، ط20، دار المشرق، بيروت.

2- الكتب القانونية:

1. أبو السعود، رمضان (2006). **مصادر الالتزام**، الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة.
2. أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (2003-2004م). **أحكام الالتزام**، ط3، الكويت: مؤسسة دار الكتب.
3. أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (2011). **نظرية الالتزام، ج1، المصادر الإدارية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة**، ط1، الكويت: مؤسسة دار الكتب.
4. أبو سعد، محمد شتا (1996). **المشكلات العملية في التنفيذ العيني للالتزام والغرامة التهديدية والإكراه البدني**، الإسكندرية: منشأة المعارف.
5. جبوري، ياسين (2003). **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج2، أحكام الالتزام**، ط1، عمان: دار الثقافة.
6. جبوري، ياسين (2011). **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية**، ط2، عمان: دار الثقافة.
7. حبيب، عادل جبري محمد (2004). **التنفيذ العيني للالتزامات العقدية**، ط1، الإسكندرية: دار الفكر العربي.
8. حجازي، عبد الحي (1402 هـ - 1982م). **النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصادر الالتزام – المصادر الإرادية**، ج1، المجلد الثاني، دراسة وظائف عناصر العقد – الإرادة المنفردة، كلية الحقوق: مطبوعات جامعة الكويت.

9. حجازي، عبد الحي (1402هـ - 1982م). **النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مصادر الالتزام**، ج1، كلية الحقوق: مطبوعات جامعة الكويت.
10. حكيم، عبد المجيد (1977). **أحكام الالتزام**، ط3، بغداد: دون دار نشر.
11. حلالشة، عبد الرحمن أحمد جمعة (2005). **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني – آثار الحق الشخصي – أحكام الالتزام**، ط1، عمان: دار وائل للنشر.
12. داودي، غالب علي (1995). **المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني**، ط4، إربد: الروزانا للطباعة.
13. دسوقي، رأفت (2012). **تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح**، ط1، مصر: دار الكتب القانونية.
14. دودين، بشار (2013). **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شيكة الإنترنت**، ط1، الإصدار الثامن، عمان: دار الثقافة.
15. رشدان، محمود علي (2010). **الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة**، ط1، عمان: دار الثقافة.
16. زعبي، عوض أحمد (2011). **مدخل إلى علم القانون**، ط2، الأردن: ومكتبة الجامعة، الشارقة: إثراء للنشر والتوزيع.
17. زعبي، محمد يوسف (1993). **العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني**، ط1، الإصدار الأول، عمان: دار الثقافة.
18. سرحان، عدنان وخاطر، نوري (2012). **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية**، ط5، الإصدار الثامن، عمان: دار الثقافة.
19. سعد، أحمد محمود (1988). **مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني**، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.
20. سلطان، أنور (1987). **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، ط1، عمان: منشورات الجامعة الأردنية.
21. سلطح، حمدي محمد إسماعيل (2007). **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية**، ط1 ، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.
22. سليمان، شيرزاد عزيز (2008). **حسن النية في إبرام العقود**، ط1، عمان: دار دجلة.

23. سنهوري، عبد الرزاق (1998). **الوجيز في النظرية العامة للالتزام، نظرية الالتزام بوجه عام،** طبعة منقحة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

24. سنهوري، عبد الرزاق (1998). **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام،** ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

25. شامسي، عمر علي (2011). **فسخ العقد،** ط1، مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية.

26. شريفات، محمود عبد الرحيم (2005). **التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت،** ط1، دون دار نشر.

27. صاوي، أحمد السيد (دون تاريخ). **نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية،** ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.

28. عبد الدائم، أحمد (2003). **شرح القانون المدني، أحكام الالتزام،** ط2، منشورات جامعة حلب.

29. عبد الدايم، حسن محمود (2008). **العقود الاحتكارية، دراسة مقارنة،** ط1، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

30. عبد الرضا، عبد الرسول والنكاس، جمال فاخر (2009-2010م). **أحكام الالتزام،** ط2، الكويت: مؤسسة دار الكتب.

31. عبد الرضا، عبد الرسول، والنكاس، جمال فاخر (2009-2010م). **الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول – مصادر الالتزام والإثبات،** ط2، الكويت : مؤسسة دار الكتب،.

32. عبد العال، مدحت محمد محمود (2010). **اختلال التوازن العقدي بين التزامات طرفي العقد،** مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية.

33. عبد الفتاح، عزمي (1983). **تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية،** ط1، القاهرة: دار الفكر العربي.

34. عبيدي، علي هادي (2010). **العقود المسماة – البيع والإيجار،** ط1، الإصدار السادس، عمان: دار الثقافة.

35. عبيدي، علي هادي (2013). **الوجيز في شرح القانون المدني – الحقوق العينية،** ط1، الإصدار العاشر، عمان: دار الثقافة.

36. عدوي، جلال علي (1986). **أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني**، دون طبعة، الاسكندرية: الدار الجامعية.

37. عمر، نبيل إسماعيل (1984). **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، ط1، الاسكندرية: منشأة المعارف.

38. عمروسي، أنور (2003). **عيوب الرضا في القانون المدني**، ط1، الاسكندرية: منشأة المعارف.

39. فزاري، حسبو (1999). **أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن**، ط1، القاهرة.

40. فايد، عابد فايد عبد الفتاح (2010). **تعديل العقد**، ط1، مصر: دار الكتب القانونية.

41. فرج، توفيق حسن والجمّال، مصطفى (2008). **مصادر وأحكام الالتزام**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

42. فودة، عبد الحكم (1985). **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، ط1، الإسكندرية : منشأة المعارف.

43. مرقس، سليمان (دون تاريخ). **أحكام الالتزام**، دون دار نشر.

44. منصور، أنيس (2011). **شرح أحكام قانون البينات الأردني وفقاً لآخر التعديلات**، ط1، عمان: دار إثراء للنشر والتوزيع، الشارقة: مكتبة الجامعة.

45.يوسف، سمير عثمان (2012). **نظرية الظروف الطارئة**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

46. ذالنون، حسن والرحو، محمد (2004). **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام – دراسة مقارنة**، ط1، ج1، عمان: دار الثقافه.

رابعاً: الرسائل والأبحاث والدراسات والمقالات:

1. بدو، أكرم محمود وعبد الله، محمد صديق (2012). أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، **مجلة الرافدين للحقوق**، العراق، المجلد 13، العدد 49، السنة 16.

2. بن حديد، إبراهيم (2005). **السلطة التقديرية للقاضي المدني**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر.

3. حسيني، عباس علي محمد (2012). **السلطة التقديرية للقاضي**، مقال منشور عبر الإنترنت، محرك البحث (Google)، تاريخ الدخول: 2013/12/18، ساعة

الدخول: 7:00 مساءً.

4. حياري، إيمان (2012). **أحكام الأجل في القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان الأهلية، عمان، الأردن.

5. حيصة، علي مصبح صالح (2011). **سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن.

6. خشروم، عبد الله حسين (1992). **عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفقه الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

7. ديب، هبة محمد محمود (2012). **أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأزهر، غزة – فلسطين.

8. رقاد، نواف (2010). **سلطة القاضي التقديرية في الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الإسراء، عمان، الأردن.

9. سلايطة، غازي عايد الغيثان (2005). **سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

10. سليمان، بسام وحسين، أكرم (2012). موضوعة الإرادة، **مجلة جامعة الموصل**، العراق، العدد 3، السنة 10.

11. سوار، محمد وحيد الدين (1992). سلطة القاضي في تعديل العقود، **مجلة نقابة المحامين الأردنيين**، العدد 1-3.

12. شكري، إيمان ومحسن، منصور (2013). تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، **مجلة الرافدين**، جامعة الموصل، العراق، العدد 3، السنة 12.

13. صوا، علي محمد حسين (1425هـ - 2004م). الشرط الجزائي في الديون، دراسة فقهية مقارنة، **مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية**، الكويت، السنة 19، العدد 58.

14. عبد الفتاح، محمد (2012). **السلطة التقديرية للقاضي**، مقال منشور عبر الإنترنت، محرك البحث (Google)، تاريخ الدخول: 2013/12/18م، ساعة الدخول: 7:00 مساءً.

15. عقل، ذياب، والعمري، محمد (2008). السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، **مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون**، المجلد 3، العدد 2، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

16. عمار، صابر محمد (2002). المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور عبر شبكة الإنترنت: **www.mohamoon.com**، تاريخ الدخول: 2014/1/24م، ساعة الدخول: 4:00 عصراً.

17. مقاطي، محسن بن ناصر (2010). **دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

18. ملحم، سعد حسين عبد (2005). التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنت، **مجلة جامعة النهرين**، بغداد، العراق، المجلد 8، العدد 13.

19. نزهة، سواسي (2008). **سلطة القاضي المدني في تعديل العقد**، بحث لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الجزائر.

20. نصير، يزيد أنيس (2001). مرحلة ما قبل إبرام العقد، **مجلة المنارة**، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن.

21. نصير، يزيد أنيس (2012). عدالة التعاقد – الغلط والتدليس، دراسة مقارنة، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، الكويت، العدد 2، السنة 2012.

22. ياقوت، جرعود (2012). **عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، الجزائر.

خامساً: الأحكام القضائية:

1. أحكام محكمة التمييز الأردنية، مركز عدالة القانون.
2. أحكام محكمة التمييز الكويتية، جمعية المحامين الكويتية (مشار إليهما في هوامش الدراسة).

سادساً:

1. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، إعداد نقابة المحامين الأردنية، عمان.
2. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي.

سابعاً:

1. الجريدة الرسمية الأردنية والكويتية، مشار إلى عددها في هوامش الدراسة.

ثامناً: التشريعات:

1. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.
2. القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980م.
3. قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966م.
4. قانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980م.
5. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988م وتعديلاته.
6. قانون المرافعات التجارية والمدنية الكويتي رقم (38) لسنة 1980م وتعديلاته.

LEGAL IMPLICATIONS OF THE JUDGE'S INTERVENTION IN THE CONTRACT

by
Abdul MohsenMubarakAbdel-MohsenAl-Atheman

Supervisor
Dr. Bashar Malkawi

ABSTRACT

This study deals with the subject of the legal implications of the judge's intervention in the contract, which is one of the most important topics related to the scope of the authority of the judge to modify the contract.

The authority of the judge's discretion in the contract goes through phases; first stage of formation of a contract, and the second: the implementation phase of this contract.

It was found that this power vary narrow and wider, in the first phase will be for the judge to modify the contract when it was found to be carrying a breach of the balance between the centers of the limbs, and in the second phase grant lawmakers Jordanian and Kuwaiti judge awide discretion aimed at rebalancing of the contract and remove any prejudice against the weaker party in it, At this stage, up the authority of the judge to limit or reduce the commitment to increase or stop the execution of the contract or reject the annulment, in granting the debtor look soft and in imposing a fine menacing.

The study came up with a number of findings and recommendations are included in the finale. One of the main recommendations: to invite the Jordanian and Kuwaiti lawmakers to re-adjust and modify some of the legal texts relevant to the subject of this study